



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

JOÃO HUGO COSTA DE VASCONCELOS

**APLICAÇÃO DA TEORIA DA REGULAÇÃO RESPONSIVA NA
CAPACIDADE DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DA ANATEL**

Brasília
2016

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

APLICAÇÃO DA TEORIA DA REGULAÇÃO RESPONSIVA NA CAPACIDADE DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DA ANATEL

Autor: João Hugo Costa de Vasconcelos

Orientador: Prof. Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira

Monografia apresentada como
requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel no Programa de Graduação
da Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília.

Brasília, ____ de _____ de ____.

FOLHA DE APROVAÇÃO

JOÃO HUGO COSTA DE VASCONCELOS

Aplicação da teoria da regulação responsiva na capacidade de resolução de conflitos da Anatel.

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Aprovada em: ____ de _____ de ____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira
(Orientador – Presidente)

Dr. Artur Coimbra de Oliveira
(Membro)

Dra. Karla Crosara Ikuma Rezende
(Membro)

Prof. Dr. João Costa Neto
(Suplente)

Agradecimentos

*A Deus, por ter me dado a vida,
À minha família, por ter me incentivado,
Ao meu orientador, pela incansável ajuda em todos
os aspectos do trabalho,
E aos meus amigos, que caminharam comigo a
jornada da graduação e contribuíram para que essa
se tornasse mais agradável,
Sou grato.*

Resumo

A teoria da regulação responsiva tem se apresentado como uma alternativa aos modelos tradicionais de regulação nos quais o ente regulador segue um padrão linear de conduta, apresentando, em contraste, um gradiente de instrumentos regulatórios com variados níveis de sanção, que são aplicados conforme a observância ou não pelo agente regulado das normas editadas pelo primeiro. Diante disso, a capacidade de resolução de conflitos da Anatel pode ser analisada sob o prisma da regulação responsiva, uma vez que possui métodos em graus variados de coerção para dirimir as disputas levadas a ela, e assim permitir uma forma mais eficaz de regular o setor das telecomunicações. Assim, foi feita a seguinte pergunta: *a resolução de conflitos no âmbito da Anatel tem condições de se apresentar como instrumento de regulação responsiva?* Primeiramente, foi necessário analisar a teoria em si, a partir de seus pressupostos, tomando-se os temas relevantes para o presente estudo. Após, uma breve análise do histórico dos métodos alternativos de resolução de conflitos no Brasil, para melhor compreensão da atuação da agência. Por último, a análise das normas da Anatel a partir do ponto de vista da teoria mencionada. Com esse estudo, chegou-se à conclusão de que ainda há pouca abertura para a aplicação da regulação responsiva no âmbito dessa agência reguladora, mas é possível abrir caminho para esse objetivo por meio de uma aplicação mais moderada da teoria, a partir do uso de seus princípios gerais, como a cooperação, em procedimentos já existentes.

Palavras-chaves: regulação responsiva; resolução de conflitos; Anatel; agências reguladoras; telecomunicações.

Abstract

The literature on responsive regulation refers to it as an alternative to traditional models of regulation in which regulators follow a linear pattern of conduct, presenting, in contrast, a gradient of regulatory instruments with varying sanction levels, which are applied accordingly to the compliance or not by the regulated agent of the rules issued by the first. That said, the conflict resolution power of Anatel can be analyzed from the perspective of responsive regulation since it has methods of varying degrees of coercion to resolve the disputes brought to it, and so provide a more efficient way of regulating the telecommunications sector. Thus, the research question of this study tackles the question of whether *Anatel's conflict resolution power is capable of presenting itself as a tool of responsive regulation*. Firstly, the study analyzes the theory itself, based on its assumptions, and identifies selects taking the relevant themes for the present study. A brief analysis of the history of alternative conflict resolution methods in Brazil follows in order to better understand the agency's performance. Finally, the analysis of the norms of Anatel from the point of view of the theory of responsive regulation. As an outcome, there is still little openness to the application of responsive regulation within Anatel, although it is possible to pave the way for this goal through a more moderate implementation of that theory, with the use of general principles of the theory of responsive regulation, such as cooperation, in existing procedures.

Keywords: responsive regulation; conflicts resolution; Anatel; regulatory agencies; telecommunications;

Sumário

INTRODUÇÃO.....	8
I. A TEORIA DA REGULAÇÃO RESPONSIVA.....	9
1. A TEORIA DOS JOGOS NA REGULAÇÃO RESPONSIVA	11
A. O DILEMA DO PRISIONEIRO.....	12
B. A ESTRATÉGIA “OLHO POR OLHO” OU “TFT”	13
C. ELEMENTOS PSICOSSOCIAIS DA TEORIA DA REGULAÇÃO RESPONSIVA.....	14
2. A FIGURA DA PIRÂMIDE NA REGULAÇÃO RESPONSIVA.....	16
3. REGULAÇÃO RESPONSIVA EM PAÍSES EMERGENTES.....	18
II. OS MÉTODOS DE RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS	19
1. ORIGENS DA RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS	20
2. TEORIA DOS JOGOS EM ADR.....	22
3. A RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS NO BRASIL.....	24
A. HISTÓRICO DA ADR NO BRASIL	24
B. ADR NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ATUAL.....	28
4. ADR NO ÂMBITO EMPRESARIAL	30
III. A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DA ANATEL	31
1. A CAPACIDADE DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DA ANATEL.....	31
2. A ARBITRAGEM EM INTERCONEXÃO DE REDES.....	37
3. O PROCESSO DE RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA DE CONFLITOS EM COMPARTILHAMENTO DE INFRAESTRUTURA	41
4. A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS CONTRATOS DE STFC	44
5. PANORAMA DA APLICAÇÃO DA REGULAÇÃO RESPONSIVA À CAPACIDADE DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS DA ANATEL	47
CONCLUSÃO	49
BIBLIOGRAFIA.....	50

INTRODUÇÃO

Muito se tem tratado a respeito dos métodos extrajudiciais de resolução de disputas no Brasil ultimamente. Esses têm sido enxergados como uma solução não somente para desafogar o Judiciário, como também para tornar mais efetivo o controle da Administração Pública sobre os particulares em seu âmbito de competências¹. Nesta seara, abriu-se a possibilidade para se enxergar o uso de tais métodos como meio de se levar as empresas a cumprirem com as normas das agências reguladoras de seus respectivos setores através das disputas levadas à mediação e à arbitragem, devido à eficácia das decisões tomadas consensualmente nesses procedimentos.^[JHV1] ao final do p

Para melhor elucidação desse mecanismo regulatório, é necessário utilizar-se dos conceitos de uma teoria da regulação que possa apontar as contribuições, assim como os possíveis óbices que ele possa trazer à Administração. Diante disso, a teoria da regulação responsiva, que está apta a lidar com as complexidades dos agentes regulados diante das possíveis políticas adotadas pelo ente regulador, mostra-se útil para o estudo de sua aplicação ao tema apresentado.

A referida teoria da regulação foi criada pelos juristas e economistas Ian Ayres e John Braithwaite em resposta ao crescente debate sobre a postura regulatória estatal que ocorria entre reguladores e acadêmicos (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 20). Ela enxerga um modelo regulatório em que o ente regulador se utiliza de mecanismos de variados níveis de sanção – em um esquema de pirâmide – ao invés de agir linearmente, sempre com o mesmo nível de controle. Esses mecanismos são aplicados de acordo com o comportamento dos agentes regulados, de maneira proporcional, tendo em vista uma maior eficácia da política regulatória.

Tendo em vista os pressupostos da regulação responsiva, este trabalho se ocupará da aplicação de suas proposições ao modelo regulatório de uma agência

¹ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Forum, 2008. 171 p. (Coleção Luso-Brasileira de direito público ; 2), pp. 64-66. A autora defende a competência das agências reguladoras para resolver conflitos trazidos a elas sem que suas decisões se submetam à revisão por outros órgãos externos a elas, uma vez que se tratam de conflitos no âmbito administrativo, havendo também diversas leis que atribuem a elas essa capacidade, como a Lei nº 8.987/95. Esse domínio exclusivo de competência é responsável por afastar grande parte desses conflitos da apreciação pelo Judiciário, uma vez que, para que as decisões que foram tomadas pela Administração sejam revistas no âmbito daquele Poder, é necessário haver flagrante ilegalidade.

reguladora brasileira, a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), tendo como alvo sua capacidade de resolução de conflitos. Por isso, a seguinte pergunta servirá como guia para a pesquisa: *a resolução de conflitos no âmbito da Anatel tem condições de se apresentar como instrumento de regulação responsiva?*

Para os fins propostos neste estudo, foram selecionadas as normas mais relevantes do arcabouço da mencionada agência que tratam da sua capacidade de resolução de conflitos. Elas são a Resolução nº 552/2010, a Resolução nº 600/2012, o Regimento Interno da Anatel (Resolução nº 612/2013) e a Resolução Conjunta Anatel – Aneel - ANP nº 2/2001. Também será feita menção da Lei federal nº 13.140 de 2015, que dispõe sobre a mediação no Âmbito da Administração Pública [JHV2]. Além disso, eventuais casos administrativos envolvendo essa mesma agência, como conflitos de maior repercussão, serão explorados para melhor elucidação do tema.

A pesquisa deverá iniciar-se com uma aproximação da própria teoria responsiva, que fundamentará toda a discussão seguinte. Serão explorados os principais pressupostos dessa teoria, bem como a maneira como ela pode ser desenvolvida para além da visão original de seus autores. Em seguida, serão vistos os métodos alternativos de resolução de disputas usados no Brasil, a forma como aqui ganharam espaço, e a sua utilização pela Administração Pública e pela própria Anatel. Isso será um passo intermediário para a análise das normas dessa agência reguladora a respeito desse tema, onde se buscará compreender os seus objetivos. Após esse estudo, será feita a aplicação da teoria [JHV3] sobre a base empírica, de forma a se verificar a sua aplicação ou não.

Feita a análise e as comparações teóricas com os dados normativos, espera-se concluir que os mecanismos de resolução de disputas utilizados pela Anatel possam ser harmonizados com a teoria base e assim se abra a possibilidade para o seu uso como um instrumento regulatório mais efetivo por aquela agência, observando e respondendo aos comportamentos dos agentes regulados.

I. A TEORIA DA REGULAÇÃO RESPONSIVA

A partir da segunda metade do século XX, um intenso debate acerca da ineficiência da regulação estatal começou a ocorrer. As diversas políticas econômicas neoliberais que foram tomadas pela maioria dos governos ocidentais nem sempre se adequavam ao projeto de Estado regulador que pretendia controlar os agentes econômicos por meio de sanções rigorosas para aqueles que quebrassem a lei. Isso fez

com que ora se elegesse a desregulação total, permitindo o livre agir das empresas, ora se argumentasse por um modelo mais persuasivo, onde o ente regulador tentaria convencer as empresas a seguirem as normas editadas, ao invés de simplesmente sancioná-las².

Não havia uma posição prevalente sobre se o ente regulador deveria agir de maneira *persuasiva*, ou de maneira *punitiva* (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 21). Se agisse da primeira forma, ele buscaria um diálogo cooperativo com os empresários. E se tomasse o segundo caminho, ele buscaria ser mais respeitado por esses. Mas, sendo o objetivo final da regulação sempre a busca pela maior eficácia no cumprimento das normas pelos agentes regulados, nenhum dos posicionamentos, se levado adiante de forma unívoca, seria capaz de cumprir aquele propósito em todas as situações.

Em resposta a esses problemas que eram enfrentados pelos reguladores e acadêmicos até então a respeito do relacionamento entre o ente regulador e o agente regulado, foi criado um modelo de regulação que não estaria limitado a um posicionamento apenas, de modo invariável, mas que corresponderia ao comportamento do agente regulado. Esse tipo de regulação, chamada *responsiva*, se propôs a “[...] transcender o debate intelectual entre aqueles que são a favor de uma forte regulação estatal dos negócios e aqueles que advogam a desregulação” (idem, p. 3, tradução nossa).

A Teoria da Regulação Responsiva tem sua origem no final dos anos 1980 e início dos anos 1990, a partir da fusão dos trabalhos de Ian Ayres, economista e jurista que esteve trabalhando com os implementos trazidos pela Teoria dos Jogos ao campo do Direito Regulatório, e de John Braithwaite, cuja experiência em campo nas agências reguladoras australianas trouxera ampla base empírica para a pesquisa, resultando no livro publicado em coautoria pelos dois em 1992 (BRAITHWAITE, 2011, pp. 477, 478).

Este primeiro capítulo se dedicará ao estudo aplicado da mencionada teoria, buscando a compreensão de seus pressupostos no que tange ao seu relacionamento com os métodos alternativos ou extrajudiciais de resolução de conflitos, para que seja possível o seu posterior acoplamento aos demais dados do presente trabalho, referentes à Anatel. Dessa forma, passa-se ao desenvolvimento dos temas mais relevantes que

² PARKER, Christine. Twenty years of responsive regulation: An appreciation and appraisal. *Regulation & Governance*, Melbourne, v.7, n. 1, 2013, p. 2.

precisam ser tratados aqui acerca da produção dessa teoria. São eles: 1) a utilização da Teoria dos Jogos para tratar da complexidade dos relacionamentos interpessoais; e 2) a figura da pirâmide para ilustrar o comportamento responsivo na regulação.

Por último, já que se trata de uma pesquisa elaborada com base em material empírico coletado em países desenvolvidos, a teoria deve ser vista por nós, do direito brasileiro, com certa cautela, adaptando alguns de seus pressupostos à nossa realidade. Esse assunto será tratado mais adiante com melhor clareza, tendo em vista sua necessidade para os fins do presente trabalho.

1. A TEORIA DOS JOGOS NA REGULAÇÃO RESPONSIVA

Como dito acima, Ian Ayres trouxe seus estudos acerca da teoria dos jogos no campo do direito regulatório para a elaboração da Teoria da Regulação Responsiva. Na verdade, ele mesmo não foi o primeiro a fazer essa adaptação, mas sim John Scholz (1984), que explorou a relação entre modelos de cooperação e competição entre empresas usando conceitos da teoria dos jogos para demonstrar a racionalidade da estratégia cooperativa. Essa contribuição foi importante, uma vez que a mencionada teoria possui conceitos muito amplos, tendo sido elaborada no campo da matemática para aplicação em diversas outras ciências³.

No campo da regulação, a teoria dos jogos contribuiu para o desenvolvimento de dois conceitos referentes à interação entre duas partes, que são explorados pelos autores na construção e embasamento da regulação responsiva. Uma é o dilema do prisioneiro, e a outra é a do “olho por olho”. Ambas estão profundamente conectadas, e é necessário elucidar-se cada uma para que se tenha maior clareza a respeito do texto de Ayres e Braithwaite. Logo após esses conceitos, será feita uma breve consideração a respeito dos elementos psicossociais presentes também na elaboração da Teoria da Regulação Responsiva.

³ A teoria dos jogos foi elaborada pelo matemático John von Neumann e pelo economista Oskar Morgenstern, cujo livro *Theory of Games and Economic Behavior* (1944) tornou-se o marco fundamental para a sua divulgação. Acerca da adaptação dessa teoria para outros campos da Ciência, cf. SMITH, John Maynard. *Evolution and the Theory of Games*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982; SHUBIK, Martin. *Game Theory in the Social Sciences – Concepts and Solutions*. Boston: MIT Press, 1984.

A. O DILEMA DO PRISIONEIRO

Trata-se de uma narrativa em que se retratam duas pessoas que são colocadas em celas separadas, sem comunicação uma com a outra. Foi cometido um crime e alguém deve cumprir a pena na prisão, mas não se sabe qual das duas o cometeu. Sem saber o que o outro irá decidir, eles devem escolher entre as seguintes opções:

- Ambos traem um ao outro, testemunhando contra; nesse caso, ambos irão passar 2 anos na prisão;
- Apenas um testemunha e o outro fica em silêncio; nesse caso, quem testemunha sai livre e o que ficou em silêncio passa 3 anos na prisão;
- Ambos permanecem em silêncio; nesse caso, ambos passam 1 ano na prisão⁴.

Como se pode notar, o dilema gera uma tensão entre as partes, pois há fortes razões tanto para trair quanto para cooperar. Se apenas um dos jogadores trair, ele terá um ganho maior do que se ele tivesse cooperado com a outra parte. Se ele for um jogador racional e consciente das possibilidades de escolha de seu oponente, irá considerar o fato de que também pode ser traído, caso em que a pena a ser cumprida será maior, mas ainda assim, menor do que a que ele cumpriria se permanecesse calado enquanto fosse traído. Se fosse possível o diálogo, o mais racional seria, obviamente, tentar convencer o outro jogador a cooperar para que ambos tivessem a menor pena. Por isso, há uma tensão entre as escolhas a serem tomadas por eles.

Essa retratação de um jogo sem um fim definido mostra como são as interações na sociedade, onde os indivíduos atuam como jogadores que estão entrelaçados por situações que lhes darão chances de ganho mútuo, ou perda mútua, ou ganho e perda individual. A regulação dos mercados, como bem retratado no livro em comento, pode também ser vista dessa forma, uma vez que tanto as agências reguladoras quanto as empresas dispõem gastos quando há uma quebra de normas. Aquelas, para sancionar e reconduzir a empresa recalcitrante de volta à observância da lei; essas, para pagarem

⁴ Esquema adaptado a partir do texto de POUNDSTONE, William. Prisoner's Dilemma. Nova Iorque: Anchor Books, 1993, pp. 118-119. Neste livro, o autor trouxe ao público, elucidando melhor alguns de seus aspectos, o dilema do prisioneiro. Este era até então uma espécie de anedota que só existia na tradição oral do meio científico, tendo sido elaborado em 1950 por Merrill Flood e Melvin Dresher como um jogo desafiador da teoria dos jogos (pp. 8-9).

as multas e outros dispêndios gerados pelas sanções. Mas a percepção financeira da competição pode ser um fator decisivo em muitas situações, quando esses gastos forem menores do que a desvantagem econômica que adviria da cooperação – “Durante o processo de tomada de decisões, cada empresa deverá considerar as reações dos concorrentes, ciente do fato de que estes também considerariam *suas* reações em relação às decisões *deles*”⁵ (grifos no original).

B. A ESTRATÉGIA “OLHO POR OLHO” OU “TFT”

Por volta de 1980, Robert Axelrod conduziu dois torneios de jogos seguindo o esquema do dilema do prisioneiro, onde duas pessoas eram postas para emitir suas decisões a partir de juízos tomados sobre o oponente, tendo como plano de fundo um conjunto de regras onde poderia haver ganhos múltiplos ou perdas para cada um deles. A diferença era que, nesses jogos, havia um número grande de rodadas, o que permitia a cada jogador elaborar um plano de jogo com base nas jogadas anteriores. Em um desses torneios, o jogador Anatol Rapoport utilizou uma estratégia simples e eficaz, que venceu várias disputas e acabou consolidando a ideia de que a cooperação é a melhor maneira de se obter ganhos em um jogo⁶.

A estratégia ficou conhecida como “olho por olho” (do inglês “*tit for tat*”, daí a sigla TFT, usada com grande frequência na obra de Ayres e Braithwaite), pois se resume em iniciar o jogo com uma ação de cooperação e, em seguida, corresponder o outro jogador em cada partida na exata medida em que esse houver agido. Assim, tanto se irá competir quanto cooperar, sempre que o outro jogador se comportar de uma ou de outra forma. Segundo a análise do próprio Axelrod (2006, p. 36), esse método de jogo ganhou dos outros que foram empregados no torneio por causa da maneira como emprega o *perdão* nas jogadas. Enquanto outras estratégias tentavam ganhar vantagem do oponente após um período de cooperação, a TFT nunca variava seu estilo, e mesmo que o oponente tivesse sido competitivo na jogada anterior, se ele voltar a ser cooperativo em seguida, ela corresponderá com jogadas cooperativas na mesma medida.

⁵ Pindyck, R. S., & Rubinfeld, D. L. Microeconomia. São Paulo: Prentice Hall, 2002, p. 428.

⁶ AXELROD, Robert. Effective Choice in the Prisoner's Dilemma. *Journal of Conflict Resolution*, v. 24, 1980, p. 3-25.

A partir desse ponto de vista, outros estudiosos compreenderam que, de fato, uma estratégia predominantemente cooperativa tende a ser mais vantajosa na maioria das vezes, e que, em um ambiente de múltiplos jogadores, quando há muita dificuldade em se atingir a cooperação, outras estratégias até mais solidárias do que a TFT tenderão a surgir⁷. Por isso, os próprios autores da regulação responsiva consideraram importante que, no campo das interações entre regulador e empresa, também seja adotada a ideia do perdão como maneira de levar a outra parte a colaborar. Neste caso, o regulador deve buscar a persuasão primeiramente, aplicar sanções quando houver fraudes, mas sempre voltar para o nível cooperativo quando a empresa se portar de maneira colaborativa novamente (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 33).

C. ELEMENTOS PSICOSSOCIAIS DA TEORIA DA REGULAÇÃO RESPONSIVA

Uma última consideração resta a ser feita a respeito da influência que a teoria dos jogos teve sobre o trabalho de Ian Ayres e John Braithwaite. Pelos conceitos descritos acima, é possível perceber que os autores da regulação responsiva trabalharam com muitos elementos psicossociais na construção de sua teoria, como as possíveis motivações de um determinado indivíduo ao ter um comportamento socialmente responsável ou egoísta. Essas considerações precisam ser feitas por jogadores reacionais, já que a decisão a ser tomada dependerá quase totalmente da maneira como se espera que o outro irá corresponder. Uma vez tendo posse de um conjunto de elementos psicológicos que se conectem com os resultados sociais práticos do indivíduo, é possível elaborar uma tática de jogo eficaz⁸.

No ambiente da regulação estatal dos negócios, a elaboração de técnicas baseadas no comportamento esperado dos indivíduos está voltada para um ideal mais cooperativo do que aquele visto nos jogos em geral. A própria noção de “responsabilidade social”, termo repetido várias vezes durante o livro *Responsive Regulation*^[JHV4] (AYRES, BRAITHWAITE, 1992)⁹, traduz não uma visão de norma de direito a ser seguida, como a nossa função social da propriedade, mas antes um valor

⁷ KOLLOCK, Peter. "An Eye for an Eye Leaves Everyone Blind": Cooperation and Accounting Systems. *American Sociological Review*, v. 58, n. 6, dez.1993, p. 769.

⁸ Cf. CAMERER, Colin F. Progress in Behavioral Game Theory. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 11, n. 4, pp.167-88, 1997.

⁹ O termo em inglês é social responsibility.

moral que ora é observado, ora é deixado de lado pelas pessoas¹⁰. Essa noção de responsabilidade social dos indivíduos é percebida quando eles escolhem um comportamento que trará maior benefício à sociedade do que a eles mesmos, ou que lhes custará mais do que à sociedade.

A avaliação das motivações dos empresários também é bastante questionada durante o desenvolvimento da teoria. Os autores colocam em debate a questão sobre se um líder de negócios estará sempre sendo guiado pelo desejo de obter maior lucro, em todas as situações. Em sua pesquisa de campo, Braithwaite (idem, p. 22) recebeu várias críticas de pessoas desse ramo a respeito da visão simplista que se têm sobre eles. De fato, como apontam estudos na área da Administração, a relação entre um comportamento socialmente responsável e o desempenho financeiro da empresa não é tão desvantajoso quanto parece à primeira vista¹¹. Esses resultados são importantes para a análise da regulação por permitirem que se elaborem melhores técnicas de abordagem e persuasão, já que as empresas nem sempre estarão motivadas pelos ganhos financeiros. Assim, uma estratégia regulatória baseada exclusivamente nesta percepção acerca delas tornar-se-á obsoleta e ineficaz.

Uma maneira de evitar essa falha regulatória é encontrar métodos que toquem no patrimônio imaterial da empresa, naquilo que é mais dificilmente sopesado com outros valores monetários. Os autores indicam a publicidade adversa como uma maneira bastante eficaz de lidar com empresas transgressoras. A imagem da empresa é algo muito valioso para o seu futuro nos negócios, e um processo administrativo ou judicial relativo a algum comportamento seu, se levado à mídia, pode ser-lhe desastroso. O capítulo do livro que explora com mais ênfase essa estratégia, e onde são lançados os fundamentos da regulação responsiva em si, é chamado “*The Benign Big Gun*” (“A Grande Arma Benigna”, em tradução livre), apontando para o fato de que o ente regulador não deve usá-la de imediato, mas permitir que as empresas tenham

¹⁰ AYRES, Ian e BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992, pp. 23-24. Ao debater a ideia de que um determinado indivíduo, Smith, seria racional ao tomar a decisão de ter uma atitude socialmente responsável, os autores explanam um outro lado do debate, mais cínico, que avalia as motivações pelo bem como decorrentes de uma experiência agradável na infância, o que faria com que esse indivíduo continuasse buscando o mesmo nível de prazer e auto aprovação ao continuar tomando atitudes que beneficiem os outros, ao invés de simplesmente buscar o seu próprio bem individual.

¹¹ Cf. MCGUIRE, Jean B., SUNDGREN, Alison e SCHNEEWEIS, Thomas. "Corporate Social Responsibility and Firm Financial Performance." *The Academy of Management Journal*, v. 31, n. 4, pp. 854-72, 1988.

conhecimento de sua existência enquanto se comporta de modo amistoso (idem, pp. 19-53).

Outro elemento psicossocial que é bastante salientado pelos autores é a existência dos *multiple selves* (“múltiplos egos”, em tradução livre) que cada pessoa possui e que devem ser levados em conta tanto pelo regulador quanto pelo regulado. Por causa da complexidade de interesses e motivações que possuímos, não é sensato agir considerando apenas um daqueles, mas sim tendo a percepção de que, em cada situação, um estímulo diferente pode estar em ação. O agente regulador que observa esse ponto buscará atrair, no empresário, as motivações mais interessantes ao seu objetivo através de mecanismos tanto cooperativos quanto punitivos, sempre “perdoando” as atitudes transgressivas que houverem sido abandonadas (idem, p. 34).

A presença de elementos psicossociais no texto permite que a Teoria da Regulação Responsiva seja adaptada para o campo dos métodos alternativos ou extrajudiciais de resolução de disputas, que são o foco da presente pesquisa. Ora, a própria teoria dos jogos é também uma peça fundamental na construção dos modelos de mediação e conciliação, que podem ser enxergados como jogos em que as partes têm a capacidade de se beneficiar mutuamente ou não, sendo que suas vontades poderão ser traduzidas, ao final, em um acordo. Esse ponto de contato entre os dois campos de estudo é importante para o propósito final deste trabalho, por isso foram enfocados os temas específicos tratados acima.

2. A FIGURA DA PIRÂMIDE NA REGULAÇÃO RESPONSIVA

Como mencionado anteriormente, Ayres e Braithwaite denominaram de “Grande Arma Benigna” o capítulo onde é estruturada a base de sua teoria. A razão disso é o fato de que o ente regulador deve possuir mecanismos de alta capacidade coercitiva, que funcionam como armas em um jogo, mas ao mesmo tempo se utilizar de uma estratégia cooperativa, mostrando-se benigno para com o empresário. Ora, não é possível ser benigno se a única jogada possível é a mais grave, logo são necessárias outras armas menos punitivas, e até mesmo técnicas puramente colaborativas, para que a estratégia seja eficaz. O intento não é de enganar o outro jogador, mas de estar preparado para uma violação das regras e, então, ter os instrumentos necessários para reconduzi-lo ao estágio da cooperação.

Para ilustrar esse comportamento do ente regulador, os autores utilizaram a figura da pirâmide, que é dividida em degraus de acordo com a quantidade de opções de ações executórias de que dispõe o ente regulatório. A razão da escolha desta figura geométrica é a sua função elucidativa da intensidade do uso de cada tipo de ação: a base é mais larga, logo as ações que lá estão devem ser usadas com maior frequência; em seguida, há um corpo que vai se encurtando, onde o uso deve ser cada vez menos frequente; no final, há um pico de área significativamente menor, cuja ação ali elencada deve ser usada apenas em último caso. Para contextualizar essa imagem, os autores abordam diferentes ambientes regulatórios, mostrando que o número de degraus e as ações presentes em cada um deles podem variar, embora a regra principal seja sempre a mesma: as ações mais persuasivas devem ficar embaixo, crescendo em nível de sanção até a ação mais punitiva, que se situa no topo. Uma das pirâmides engendradas por eles (idem, p. 35) pode ser vista abaixo:



O ponto principal do uso das dinâmicas presentes no esquema da pirâmide é a insistência em permanecer nas ações mais persuasivas da base, sem que seja necessário subir nenhum degrau. Não importa o estágio em que se encontre a relação entre o regulador e a empresa, Braithwaite (2011, p. 483) argumenta que é sempre necessário começar pela base da pirâmide, nunca pelo meio ou menos ainda pelo topo. As técnicas não punitivas e o diálogo devem ser utilizados para atrair a cooperação, estabelecer uma relação de confiança, e somente se esses não funcionarem é que se subirá para os próximos degraus e se utilizarão métodos coercitivos à medida que não houver uma resposta cooperativa por parte da empresa.

Como dito acima, essa pirâmide não possui um caráter taxativo, mas seu conteúdo é meramente exemplificativo, podendo ser adaptado para a situação de cada

ente regulatório. Os autores também discutem a possibilidade de uso de cada tipo de sanção pelo ente regulador a depender de sua legalidade ou abertura política. Por exemplo, se uma agência reguladora só dispõe de duas ou três punições possíveis instituídas em lei, ela terá de encontrar outras soluções politicamente aceitáveis para conseguir lidar com infrações que não são proporcionais ao nível de sanção das primeiras (BRAITHWAITE, 2011, p. 37). Essa busca por novos tipos de ações que sejam equivalentes ao grau de ofensa causado pelo agente regulado toca no ponto central deste trabalho, que se debruça sobre os mecanismos alternativos de solução de conflitos como uma forma de se realizar regulação responsiva. Esse ponto será discutido com maior profundidade mais à frente.

3. REGULAÇÃO RESPONSIVA EM PAÍSES EMERGENTES

Braithwaite (2006, pp. 885-886) realça a necessidade de haver instituições fortes e bem desenvolvidas para o funcionamento de uma boa regulação responsiva, tanto no setor privado quanto no setor público. Ela depende da ajuda mútua, tanto de um mercado bem desenvolvido e que tenha estrutura para atender às regulações e se autorregular quando necessário, quanto de uma Administração pública eficiente, que disponha de muitos agentes capacitados, de mecanismos de fiscalização bem distribuídos e que consiga garantir um nível mínimo de democracia. Entretanto, essas características não são facilmente encontradas em conjunto em qualquer país, mas apenas naqueles que já atingiram um grau considerável de desenvolvimento econômico, social e político. Países em desenvolvimento muitas vezes falham ao elaborarem suas políticas regulatórias por possuírem instituições frágeis de um ou de ambos os lados.

O autor revela a noção de governança em rede que permite uma regulação efetiva, mostrando que não se trata somente de uma atividade estatal, mas da atuação conjunta de atores como ONGs, agências de classificação de crédito e bolsas de valores que geram diferentes estruturas de coerção à observância das normas regulatórias para o bem social. Além disso, existe também a cooperação internacional entre os próprios entes regulatórios estatais, com a cooperação para mútuo desenvolvimento ou ajuda mútua. Assim, a forma pela qual os países emergentes podem crescer em sua capacidade de regular as atividades comerciais é através da associação entre os atores

existentes, mesmo sendo eles ainda fracos, e permitir que estes se associem com atores de outros países em uma estrutura de cooperação. Isso é possível quando os seus objetivos são semelhantes (BRAITHWAITE, 2006, pp. 892-893).

Desta forma, ao se considerar o ambiente regulatório do Brasil, que está entre as economias emergentes (idem, p. 889), uma estratégia de fortalecimento das instituições democráticas – tais como as agências reguladoras – se daria através da cooperação entre essas e o setor privado. Voltando para o tema desta pesquisa, o uso de mecanismos alternativos de resolução de disputas, como a mediação e a conciliação, é uma boa forma de se estreitarem os laços entre o ente regulador e as empresas. Os conflitos levados ao órgão competente serão dirimidos na negociação, resultando em obrigações que assegurem o cumprimento eficaz das normas regulatórias. Os próximos capítulos tratarão dos métodos de resolução de conflitos em si e a estrutura presente na Anatel para a sua realização.

II. OS MÉTODOS DE RESOLUÇÃO ALTERNATIVA¹² DE CONFLITOS

No capítulo anterior, tratou-se da Teoria da Regulação Responsiva em si, seus fundamentos e principais assertivas. Destacou-se a influência da teoria dos jogos na construção dos conceitos de cooperação entre as partes e de estratégia capaz de atingir um ambiente cooperativo. Em paralelo, outra forma de se utilizar a teoria dos jogos com os mesmos fins foi desenvolvida no campo do direito processual, para auxiliar as cortes a lidarem com a grande quantidade de litígios e a ineficiência das decisões tomadas pelos juízes. Assim como na regulação, no campo do processo judicial e extrajudicial as concepções de jogos foram traduzidas para o contexto das relações que ali são tratadas, de forma a desenvolver-se uma melhor aproximação dos problemas com os quais se lida nesse território.

Neste capítulo, adentraremos nas peculiaridades dos métodos de resolução alternativa de disputas (ADR, do inglês *Alternative Dispute Resolution*), cujo tema nos

¹² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília, DF, 2016, p. 17. De acordo com o manual, se tem utilizado a expressão Resolução ‘*Apropriada*’, ‘*Adequada*’ ou mesmo ‘*Amigável*’ de conflitos para designar a opção das partes pelo procedimento que será mais conveniente ao tipo de conflito pelo qual estão passando, enquanto que o termo ‘*alternativa*’ alude ao desvio de processos da responsabilidade do Judiciário para outros órgãos de resolução, permitindo uma maior agilidade na administração daquele. Entretanto, se optou pelo uso da expressão original devido às referências a trabalhos mais antigos e à aplicação que se fará do termo neste trabalho, remetendo aos procedimentos ocorridos no âmbito do Poder Executivo.

interessa para a compreensão da capacidade de resolução de conflitos da Anatel, uma vez que a agência não tem poder judicial para realizar essa atividade. Os métodos de resolução alternativa de disputas são aqueles em que as duas partes resolvem sua lide sem recorrer à decisão de um juiz togado, seja por convenção, como na cláusula arbitral presente em contratos, ou por obrigação, como nos casos em que a conciliação é etapa inafastável do processo. Os exemplos mais comuns são a negociação simples, a mediação, a conciliação e a arbitragem. Atualmente, existem outros métodos mais voltados para o meio empresarial, como os *mini-trials*, nos quais advogados experientes são contratados para simularem um processo a partir do conflito real, mostrando o que possivelmente acontecerá caso se entre com a ação e oferecendo as informações que poderão ser utilizadas na construção de um acordo¹³. Para esta análise, serão vistos: 1) as raízes históricas desses métodos e seu desenvolvimento a partir do século XX; 2) as incorporações dos conceitos da teoria dos jogos mencionados acima; 3) seu tratamento no sistema jurídico brasileiro; 4) a sua aplicação prática no meio empresarial.

1. ORIGENS DA RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS

Embora se tenha a impressão de que o uso de métodos consensuais como forma de resolução de litígios seja uma invenção contemporânea, devido às recentes inovações que se tem visto nessa área, principalmente nos tribunais brasileiros, essa maneira de lidar com as disputas entre indivíduos dentro de uma sociedade já era explorada em civilizações antigas. O mediador e árbitro Jerome T. Barrett (2004) explica que um olhar mais profundo sobre as composições de conflitos dentro das sociedades grega, indiana e egípcia, por exemplo, nos revelará que havia ali muitos exemplos de conciliações, mediações e arbitragens, que eram conduzidas conforme os costumes, tradições e religião da época¹⁴. Esses indícios levam à conclusão de que os métodos de resolução alternativa de conflitos estão enraizados em uma noção de convivência, que é muito anterior às necessidades de modernização do Judiciário que

¹³ SALES, Lília Maia de Moraes e SOUSA, Mariana Almeida de. A Mediação e os ADR's (Alternative Dispute resolutions) - A experiência norte-americana. *Revista Novos Estudos Jurídicos - eletrônica*, v. 19, n. 2, mai./ago. 2014, pp 377-399.

¹⁴ BARRET, Jerome T., 2004. O autor utiliza exemplos de sociedades que desenvolveram formas de resolução pacífica das disputas, desde os caçadores do Kalahari, que escondem as armas dos guerreiros quando há discussão entre esses, provocando o diálogo vez após vez até que se alcance a paz (pp. 2-3), até os mediadores chineses que, influenciados pelas ideias de Confúcio sobre paz e harmonia, instruem as partes a manterem um bom relacionamento no longo prazo (p. 6).

vemos atualmente. O autor explica que “A forma mais básica de ADR é a negociação: em seu núcleo, duas pessoas simplesmente conversam sobre um problema e tentam alcançar uma resolução que ambos aceitem” (BARRET, 2004, p. 1, tradução nossa).

Uma das raízes históricas da ADR apontada por Barrett se encontra no desenvolvimento mercantil, onde a preocupação com o tempo e os gastos era um fator essencial, o que fazia com que se buscassem alternativas à litigância em tribunais, que sempre foi morosa e dispendiosa. Ele mostra como os gregos, no comércio marítimo, criaram normas de resolução de conflitos que satisfaziam os interesses dos donos de navios e das mercadorias levadas por esses. Na Idade Moderna, os comerciantes nas colônias inglesas da América já utilizavam mecanismos de negociação privada para dirimir as disputas em torno de suas controvérsias, preferindo essa modalidade em face dos tribunais pela menor atenção pública que atraía, causando menor prejuízo à imagem de seus negócios (BARRETT, 2004, p. 71). Apesar de ainda haver muita rejeição das cortes e parte dos juristas à ideia de resolução de conflitos fora do sistema jurídico formal naquela época, as câmaras de arbitragem foram, aos poucos, ganhando a aprovação das Legislaturas estatais americanas, com a ajuda de figuras políticas importantes como Thomas Jefferson (idem, p. 73).

Na segunda metade do século XX, com as perturbações sociais geradas pela Guerra Fria, tensões políticas e econômicas, os governos se viram forçados a criarem sistemas de cooperação com a sociedade civil, buscando apaziguar os crescentes tumultos que surgiam, principalmente nos setores trabalhistas¹⁵. Também nesse período, em 1976, na cidade de St. Paul, Minnesota, realizou-se uma conferência que reuniu juízes, membros do governo, advogados e outros juristas, cujo tema eram as causas da insatisfação popular com a Administração da Justiça¹⁶. Lá, foram propostas mudanças que propiciassem maior eficiência processual e que pudessem criar uma “corte com várias portas de acesso” por onde os cidadãos poderiam levar seus litígios e tê-los satisfatoriamente resolvidos. A partir desse evento, promulgou-se a ideia de que

¹⁵ Idem, pp. 142-143. O autor menciona que o presidente Kennedy teve de lidar com greves de servidores públicos federais de vários órgãos, tendo que articular de maneira cautelosa com essa classe. Seus sucessores foram mais agressivos em relação aos movimentos grevistas, mas ainda assim houve o progresso no campo das ADRs com a criação do Federal Mediation and Conciliation Service (FMCS), que ocasionou muitas mediações no setor público em resposta às controvérsias trabalhistas.

¹⁶ WALLACE, J. Clifford. "Judicial Reform and the Pound Conference of 1976." *Michigan Law Review*, v. 80, n. 4 pp. 592-96, 1982.

os métodos de ADR seriam a resposta para desafogar o Judiciário e resolver os conflitos de forma mais duradoura e eficaz entre as partes, por isso a Conferência Pound – como ficou conhecida, em razão de sua referência às ideias do jurista Roscoe Pound – é tida como o marco inicial dos sistemas modernos de ADR (GLOBAL POUND CONFERENCE SERIES, 2016).

Como se percebe a partir da brevíssima explanação histórica a respeito dos métodos alternativos de resolução de conflitos, eles possuem, de fato, fundamentos em práticas remotas de civilizações que contribuíram para a construção da sociedade atual. Entretanto, foi apenas no século XX, com os descontentamentos populares em torno do sistema jurídico tradicional, e após o desenvolvimento das práticas de mediação, conciliação e arbitragem em diferentes setores sociais, que passou a haver um estudo mais específico e aprofundado sobre esse fenômeno. As ciências sociais aplicadas se debruçaram sobre o tema para destrinchar a sua questão mais essencial, que é o conflito, e a partir daí desenvolveram teorias diversas para lidar com essa situação social, não a tratando sempre como um problema, mas também como uma oportunidade para as partes chegarem a um entendimento novo entre si (DEUTSCH; COLEMAN; MARCUS, 2006, p. 17). Entretanto, outra teoria surgiu antes e causou maior repercussão nesse meio: a teoria dos jogos de John von Neumann.

2. TEORIA DOS JOGOS EM ADR

Como dito anteriormente, a teoria dos jogos também deu grandes contribuições conceituais ao campo de estudos em ADR. Suas percepções acerca das interações entre indivíduos dentro de um ambiente controlado por regras abriram espaço para diversas construções hipotéticas de mecanismos de reação ao comportamento alheio e táticas de superação do conflito. A ambientação dessas conjecturas foi feita através de múltiplas simulações de jogos onde se analisaram as atitudes tomadas por cada parte para se testarem as estratégias elaboradas pelos teóricos, tais como os supramencionados torneios de Axelrod. Entretanto, tais simulações não eram suficientes para o estudo direcionado ao campo das ADRs, que está concentrado no aperfeiçoamento das partes dentro do conflito, na maneira como elas irão lidar com esse cenário de forma a torná-

lo construtivo¹⁷. De uma forma simples, “Na teoria dos jogos, o conflito pode ser entendido como a situação na qual duas pessoas têm de desenvolver estratégias para maximizar seus ganhos, de acordo com certas regras preestabelecidas.” (BRASIL, 2016, p. 61).

Entretanto, o conceito de maximização dos ganhos individuais não permaneceu atrelado às ideias originais da teoria dos jogos¹⁸, mas recebeu um novo paradigma quando, cinco anos mais tarde, John F. Nash (1949) lançou seu artigo tratando dos jogos de soma zero para dois jogadores (jogos em que necessariamente uma parte irá ganhar e a outra, perder). Esse matemático, ganhador do prêmio Nobel em economia, foi quem desenvolveu a tese de que a cooperação é capaz de gerar ganhos para ambas as partes por meio do *equilíbrio*, uma concepção inventada por ele [JHV5] – e que mais tarde veio a levar seu próprio nome. Esse equilíbrio é atingido quando as estratégias das partes acabam se encontrando em um dado momento no jogo, após ambos os jogadores perceberem, pelas considerações a respeito das jogadas do outro, que não haverá mais ganho em mudar de ação para competir, logo eles passarão a cooperar mutuamente¹⁹. Nash abriu a porta para um novo caminho dentro da teoria dos jogos, por onde passaram a se desenvolver os estudos sobre os métodos autocompositivos de resolução de conflitos²⁰.

A cooperação em um conflito passou, então, a ser vista como uma saída inteligente para se obter um resultado satisfatório se os jogadores estiverem em

¹⁷ DEUTSCH, Morton, COLEMAN, Peter T., e MARCUS, Eric C. *The handbook of conflict resolution : theory and practice*. San Francisco: Jossey-Bass, 2006, pp. 17-19. Os autores apresentam uma série de perguntas que são feitas pela psicologia social a respeito das teorias que enfocam o conflito, indo desde as condições que geram um conflito construtivo ou destrutivo até as consequências emocionais que podem ser causadas às partes durante o conflito.

¹⁸ NEUMANN, John e MORGENSTERN, Oskar. *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton: Princeton University Press, 1944, p. 221. O elaborador da teoria dos jogos utiliza largamente os jogos de soma zero, trabalhando sempre com a ideia de competição para o atingimento do maior ganho individual. Ele só menciona a cooperação principalmente como uma estratégia para que dois ou mais jogadores possam vencer um terceiro. Seu pensamento fica claro no seguinte trecho, retirado da página em comento: “Entre dois jogadores, onde nenhum pode vencer a não ser (precisamente) que o outro perca, acordos ou entendimentos são sem sentido” (tradução nossa).

¹⁹ NASH, John F. *Equilibrium points in n-person games*. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, v. 36, n. 1, pp. 48-49, jan. 1950 (artigo submetido em 1949). Para embasar sua tese, o autor utiliza jogos de *n* rodadas, o que significa que suas aplicações se limitam a situações em que as interações entre as partes são *continuadas*, perpetuando-se no tempo.

²⁰ Métodos autocompositivos são aqueles em que as partes resolvem a disputa por si mesmas, chegando a um acordo, sem a necessidade de uma sentença proferida por um terceiro, embora elas possam receber auxílio desse. É o caso da mediação, da conciliação e da negociação. Diferem-se dos métodos heterocompositivos, onde há julgamento proferido por terceiro, como na arbitragem e no processo judicial.

paridade, ou seja, quando não houver privilégios e qualquer dos dois puder ajudar ou prejudicar o outro. Por isso, em mediações e conciliações, procedimentos que dão poder a ambas as partes para decidirem conjuntamente o resultado final de seu litígio, essa interpretação obteve ampla aceitação, revelando que existe uma racionalidade por trás do comportamento cooperativo que gera maiores ganhos individuais do que na competição²¹. Aqui, percebe-se a semelhança com o uso da estratégia TFT²² na regulação responsiva, que parte do mesmo pressuposto de cooperação para obtenção de melhores resultados. De fato, essa técnica pode ser vista em trabalhos tanto de teóricos da regulação responsiva quanto de estudiosos de ADR.

3. A RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS NO BRASIL

Como esclarecido anteriormente, esta pesquisa está voltada à aplicação das teorias e práticas até aqui abordadas ao contexto sociopolítico brasileiro, logo convém analisar a maneira como os métodos alternativos de resolução de conflitos têm sido empregados pelo nosso ordenamento. Um breve estudo deverá preparar as bases para a compreensão do arcabouço normativo da Agência Nacional das Telecomunicações no que se refere ao tema, uma vez que se tratará de temas pontuais acerca da origem, desenvolvimento e atual tratamento legal e político desse assunto no Brasil. Primeiramente, será tratado do histórico da ADR em nosso país, em seguida serão analisadas algumas leis federais que compõem, atualmente, o contexto jurídico brasileiro sobre o assunto.

A. HISTÓRICO DA ADR NO BRASIL

A prática de métodos de resolução de conflitos fora do processo judicial comum se iniciou no Brasil com a arbitragem e a conciliação. Embora não existam muitos registros históricos apontando para o seu uso durante o período colonial, ambas já

²¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília, DF, 2016, p. 69. O manual é utilizado nos cursos de formação de mediadores e conciliadores do Conselho Nacional de Justiça, portanto possui uma abordagem voltada para os procedimentos em âmbito judicial. Não obstante isso, os esclarecimentos iniciais a respeito das formas alternativas de resolução de disputas utilizam bibliografia vasta e são feitos a partir do ponto de vista teórico, portanto são úteis também para o presente estudo, cujo enfoque é a utilização desses métodos de resolução de disputa no meio administrativo.

²² Tit-for-tat (“olho por olho”): tática usada por Anatol Rapoport em um dos torneios de Robert Axelrod e que consiste em começar com a ação de cooperação e em seguida repetir a jogada do outro jogador em todas as rodadas. É famosa por “perdoar” o oponente, uma vez que volta à cooperação todas as vezes que esse cooperar novamente.

estavam previstas nas Ordenações Manuelinas (1514) e nas Ordenações Filipinas (1603)^{23 e 24}. Dessa forma, é possível afirmar que a nossa tradição normativa já incluía esses métodos desde antes da fundação do Estado brasileiro em si, o que nos adaptou a um modelo jurídico onde todos os possíveis instrumentos processuais necessários à resolução da lide já estão positivados em lei. Como se verá adiante, essa prática legislativa reflete uma opção política para auxiliar a administração dos órgãos de Justiça no país.

Tanto a conciliação quanto a arbitragem aparecem no ordenamento jurídico brasileiro propriamente dito na Constituição de 1824. A respeito da primeira, José Xavier Carvalho de Mendonça informa que “A Constituição Política do Império tornou obrigatório, a exemplo de outros países, o meio conciliatório, como preliminar a todos os processos (art. 161) e para este fim criou, como já dissemos anteriormente, os Juízes de Paz (Art.162).”²⁵. Para o fim de executar essa etapa pré-processual, foi atribuída a tarefa de conciliadores aos chamados juízes de paz, cuja história no Brasil é ainda mais antiga²⁶. Naquela época, a conciliação era de tamanha importância que a sua falta gerava a nulidade da causa, pois isso significava que a demanda não houvera sido considerada de maneira adequada pelas partes ao entrarem em juízo (MENDONÇA, 1889, p. 128). Quanto à arbitragem, a referida Constituição fazia dela menção em seu artigo 160, prescrevendo a nomeação de juízes-árbitros sempre que as partes assim convencionassem em particular e dando a garantia de execução sem recursos das decisões tomadas por aqueles²⁷.

Já naquela época, esses métodos eram utilizados como um meio de alívio dos processos na Justiça, pois permitiam que muitos litígios fossem resolvidos antes mesmo de iniciada uma ação judicial propriamente dita. Essa preocupação com a

²³ COSTA, Helena Dias Leão. *O instituto da conciliação no Código de Processo Civil brasileiro e no anteprojeto do novo Código em discussão no Congresso Nacional*. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 07 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43759&seo=1>>. Acesso em: 20 set. 2016.

²⁴ BRAGA, Diva; LEMOS, Luciano Braga; LEMOS, Rodrigo Braga. **Arbitragem no direito brasileiro**. *Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n.4, pp. 67-88, jan./jul., 2002.

²⁵ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado teórico e prático das Justiças de Paz**. Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1889, p. 125 (domínio público).

²⁶ VIEIRA, Rosa Maria. **O juiz de paz, do Império aos nossos dias** - 2ª Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002, 540 p.

²⁷ DELGADO, José Augusto. A arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual. **Revista Forense**. n. 374. Jul./Ago. 2004. pp. 127-142.

administração judicial também se deduz do tratamento legal que era dado a elas, como a supramencionada nulidade processual gerada pela falta da conciliação. No caso da arbitragem, o Código Comercial determinava que certas questões deveriam, obrigatoriamente, ser resolvidas em juízo arbitral, como aquelas que resultassem de contratos de locação mercantil²⁸. A preocupação em ter as lides bem resolvidas antes de iniciado o processo judicial era tamanha que foram escritos muitos manuais a respeito de como realizar uma conciliação eficiente²⁹.

É interessante notar que a conciliação possuiu um local especial na legislação comercial a partir do Regulamento nº 737 de 1850, que deu as diretrizes para o processo comercial, abrindo amplo espaço para a negociação informal das partes antes das demais etapas processuais, como se deduz da redação do seu artigo 36: “Independente de citação poderão as partes interessadas em negocio comercial apresentar-se voluntariamente na audiência de qualquer Juiz de Paz, para tratarem da conciliação [...]”³⁰. Da mesma forma, a arbitragem estava ligada principalmente às lides de natureza empresarial, por isso o mesmo regulamento deixou claro, no seu artigo 411, que o juízo arbitral seria necessário nos casos previstos no Código Comercial, como mencionado acima. Deve-se atentar para o fato de que, durante o mesmo período, nos Estados Unidos, a legislação acerca dos métodos alternativos de resolução de disputas estava se consolidando, e o comércio havia sido um dos setores que levava ao fortalecimento dessa prática. A utilização desses mecanismos no meio empresarial permanece uma solução inteligente nos dias atuais, como se verificará mais à frente. Esse fator também corrobora para o tema da presente pesquisa, já que a capacidade de resolução de conflitos da Anatel se aplica principalmente às questões entre empresas do setor das telecomunicações.

É necessário também esclarecer que a conciliação passou por um momento de transição entre o final do século XIX, quando o decreto nº 359, de 1890, extinguiu a

²⁸ BRAGA, Diva; LEMOS, Luciano Braga; LEMOS, Rodrigo Braga. **Arbitragem no direito brasileiro**. *Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n.4, jan./jul., 2002, p. 74.

²⁹ CAMPOS, Adriana Pereira; SOUZA, Alexandre de Oliveira Bazilio de. **A Conciliação e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Império Brasileiro**. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 59, n. 1, pp. 271-298, Mar. 2016.

³⁰ BRASIL, Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juízo no Processo Comercial. **Coleção de Leis do Império do Brasil**. Rio de Janeiro.

sua prática³¹, e a primeira metade do século XX, quando veio a ressurgir através das Juntas de Conciliação e Julgamento do direito trabalhista³². Neste último ramo, desenvolveu-se de forma peculiar, trazendo celeridade à Justiça do Trabalho e se tornando uma das características mais marcantes do processo trabalhista. Enquanto isso, a arbitragem fora banida pela Constituição de 1891 e, durante quase todo o século XX, recebeu poucas referências na legislação brasileira. As cláusulas arbitrais não eram levadas em consideração pelas normas e laudos arbitrais estrangeiros necessitavam de homologação para se tornarem válidos em território nacional³³. Esse cenário só veio a mudar com a Lei de Arbitragem, em 1996, que reestabeleceu o instituto, reconhecendo todas as suas características principais e dando-lhe os instrumentos jurídicos necessários para fazer-se valer frente ao processo judicial comum, como se verá adiante.

Já no final do século passado, os mecanismos alternativos de resolução de disputas começaram a atrair maior atenção em todo o mundo, com o desenvolvimento dos supramencionados métodos e estudos na área, permitindo que aqui também fossem revistas as práticas consensuais de resolução de disputas anteriormente aplicadas. Isso ocorreu com os Conselhos de Conciliação e Arbitragem no Rio Grande do Sul, que trouxeram resultados positivos e, dentre outros fatores, influenciaram na elaboração da Lei nº 7.244 de 1984 (Lei dos Juizados de Pequenas Causas)³⁴. A cultura da desburocratização das décadas de 1980 e 1990 também exerceu grande influência nesse processo de legiferação, imprimindo uma consciência renovada nos operadores do direito que lhes permitiu enxergar a conciliação, a mediação e a arbitragem como procedimentos aceitáveis e até incentiváveis para o andamento da máquina do Judiciário.

³¹ VIEIRA, Rosa Maria. **O juiz de paz, do Império aos nossos dias** - 2ª Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002, pp. 76-77.

³² SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado, vol. 8 : justiça do trabalho**. Rio de Janeiro : Elsevier, 2010, pp. 18 e 132.

³³ OPORTO, Sílvia Fazzinga e VASCONCELLOS, Fernando. **ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL**. P.7. Disponível em

<<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/080306t.pdf>> Acessado em 20/09/2016

³⁴ HERMANN, Ricardo Torres. **O tratamento das demandas de massa nos Juizados Especiais Cíveis**. Porto Alegre : Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2010. 160 p., 21 cm. – (Coleção Administração Judiciária, v. 10), pp. 22-23.

B. ADR NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ATUAL

O resultado da transformação pela qual passou a cultura judicial brasileira no período supramencionado foi a edição de diversas leis cujo conteúdo tratou exclusiva ou quase exclusivamente dos métodos de ADR. O primeiro passo importante nesse sentido foi tomado já na Constituição Federal de 1988, cujo preâmbulo traz o comprometimento institucional com a “solução pacífica de controvérsias”, além de dispositivos onde são mencionadas a conciliação e a arbitragem. Em seguida, foi promulgada a Lei nº 9.099 de 1995, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. O destaque dessa nova estrutura para o campo da ADR se revela na importância que ela concede à conciliação, semelhante ao que acontecia na legislação do século XIX citada anteriormente, dando-lhe o status de audiência preliminar, com as mesmas implicações para o processo que as outras audiências. Um exemplo desse tratamento dado à conciliação pode ser visto no artigo 20 da Lei: “Não comparecendo o demandado à sessão de *conciliação* ou à audiência de instrução e julgamento, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados no pedido inicial, salvo se o contrário resultar da convicção do Juiz” (BRASIL, 1995, grifo nosso).

Semelhantemente, a Lei nº 9.207 de 1996 estabeleceu os parâmetros para a arbitragem em âmbito nacional. A partir de sua promulgação, o tratamento legal dado a esse mecanismo de resolução de disputas – que no período imediatamente anterior estava abandonado pelo ordenamento jurídico pátrio, como visto anteriormente – passou a ser de reconhecimento e equiparação com o processo judicial. A respeito disso, o dispositivo normativo deu ao laudo arbitral um valor mais elevado do que possuía antes [JHV6], permitindo-lhe a execução em juízo no caso de descumprimento (o novo CPC, em seu artigo 515, VII, atribui à sentença arbitral a natureza de título executivo judicial). Essa, entre outras inovações trazidas pela Lei de Arbitragem, colocam o árbitro na posição de juiz de fato e de direito durante o julgamento da lide, para que possa exercer essa atividade com a garantia de dar às partes a prestação necessária à resolução do seu conflito³⁵.

Com respeito à mediação, o momento de edição de lei específica para tratar dessa matéria foi posterior, com a Lei nº 13.140 de 2015. Esta lei trouxe um avanço no campo dos métodos autocompositivos, dando um tratamento mais delineado à

³⁵ TAVARES, Paulo Vitor de Sousa. Arbitragem no Brasil. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Direito Gama e Souza. Rio de Janeiro, 2010.

mediação. Ela define o termo “mediação” em seu primeiro artigo: “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (BRASIL, 2015). Quanto à conciliação, Além disso, a Lei criou um conjunto específico de procedimento e regras para as situações em que a Administração estiver envolvida como parte na mediação (artigos 35 a 40), e isso gera interesse direto na presente pesquisa, dado que a Anatel também pode ser parte em uma disputa envolvendo empresa regulada por ela. A inclusão de dispositivos que permitem a mediação online também é considerada um avanço trazido por essa recente produção legislativa, entretanto tais progressos não garantem, por si só, um desempenho eficiente da mediação³⁶.

Durante esse período de produção de normas pelo Legislativo, também houve um avanço com a normatização secundária através do Conselho Nacional de Justiça, que editou resoluções tratando das atividades de conciliação e mediação no âmbito judicial. A mais conhecida dentre essas é a Resolução nº125, que instala a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses. Para facilitar o processo de adaptação da Justiça aos mecanismos alternativos – ou apropriados – de resolução de conflitos, esse dispositivo normativo criou estruturas administrativas dentro dos órgãos judiciais, como os CEJUSCs (Centros Judiciários de Resolução de Conflitos), onde não somente são prestados serviços de mediação e conciliação, como também aconselhamento jurídico e acompanhamento psicológico, dentre outras funcionalidades³⁷. Embora tal progresso tenha se dado apenas no âmbito do Poder Judiciário, o seu grande impacto na construção da cultura de resolução de litígios

³⁶ FARIAS, Juliana Guanaes Silva de Carvalho. Panorama da Mediação no Brasil: avanços e faores críticos diante do marco legal. *Revista Direito UNIFACS*, n. 188, 2016.

³⁷ MONTANHER, Igor Canale Peres. O Conciliador e o Mediador à luz da Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça, 2014. Disponível em <<http://www.professorcamilobarbosa.com.br/2014/08/o-conciliador-e-o-mediador-luz-da.html>> acessado em 21/09/2016.

através de meios alternativos no Brasil permite que essa breve citação a seu respeito seja também válida para os fins da presente discussão.

4. ADR NO ÂMBITO EMPRESARIAL

Ainda a respeito dos métodos de ADR, convém fazer uma breve abordagem acerca do seu uso e práticas comuns no contexto empresarial. Como dito mais acima, o meio empresarial foi responsável por grande parte do desenvolvimento da legislação e das diversas técnicas de resolução de conflitos na forma que existem hoje devido aos recursos que esses instrumentos proporcionam, que vão ao encontro das necessidades específicas do setor. Por causa desse aperfeiçoamento adquirido, também foram criados ramos específicos de ADR dentro do cenário empresarial, de acordo com cada tipo de demanda das empresas. Braga Neto (2009) cita quatro tipos de mediação empresarial: a mediação entre empresas; a mediação intra-organizacional, que ocorre a partir das questões entre os indivíduos de uma corporação; a mediação ambiental, que cuida de infrações a normas ambientais que a empresa possa ter cometido; e a mediação trabalhista. Destas, a que toca diretamente no tema dessa pesquisa é a mediação entre empresas, pois é aquela que pode ser resolvida dentro da própria Anatel, no caso de empresas do ramo das telecomunicações.

A função da mediação em um conflito entre empresas é de permitir que essas encontrem soluções inteligentes, dentre o grande número de alternativas que surgem a partir de uma negociação em grupo, para a sua situação. Nesses momentos, embora exista a possibilidade de um bom acordo que beneficiará ambas as partes, é muito comum que haja perda de tempo com discussões acerca de problemas secundários, fazendo com que se perca o foco muitas vezes e haja desgastes sem necessidade. A questão da demora é especialmente inconveniente no meio empresarial, uma vez que a expectativa de ganhos financeiros diminui a cada negociação frustrada (BRAGA NETO, 2009, p.133). Por isso, o auxílio de um mediador especializado em cada ramo industrial, que esteja atento para as questões pertinentes àquela esfera de negócios e saiba conduzir o diálogo para um ponto de convergência das propostas é fundamental.

III. A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DA ANATEL

Tendo apreciado os pressupostos da Teoria da Regulação Responsiva e a maneira como os métodos de ADR têm sido aplicados no Brasil, convém agora aproximarmo-nos do objeto central de estudo deste trabalho: a aplicação da referida teoria à capacidade de resolução de conflitos da Anatel. Para isso, destaca-se que a maneira como essa agência lida com a resolução de conflitos já pode ser percebida como uma forma de regulação³⁸, embora ainda não de uma maneira totalmente responsiva, como se verá a seguir. Entretanto, os dados e argumentos apresentados aqui têm a finalidade de indagar acerca da possibilidade de utilização da capacidade de resolução de conflitos da Anatel como forma de regulação responsiva, de acordo com os fundamentos dessa teoria e as capacidades jurídico-normativas atuais para o setor.

Diante da meta aqui proposta, é ainda necessário realizar uma análise sobre as normas que regem a resolução de conflitos no âmbito da Anatel e a forma como esses dispositivos têm sido empregados pela agência. Por isso, serão explanados os seguintes tópicos neste capítulo: 1) Normas gerais sobre a capacidade de resolução de conflitos da Anatel; 2) A arbitragem em interconexão de redes; 3) O processo de resolução administrativa de conflitos sobre compartilhamento de infraestrutura; 4) A resolução de conflitos nos contratos de STFC; 5) Panorama da aplicação da regulação responsiva à capacidade de resolução de disputas da Anatel.

1. A CAPACIDADE DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DA ANATEL

Quando se trata da capacidade de resolução de conflitos atribuída a qualquer órgão público fora do sistema do Poder Judiciário, é necessário compreender que a função judiciária não está restrita a esse ramo do Estado e que a natureza dessa função, que levou aos sistemas atuais de repartição dos Poderes, não é inteiramente compatível com a composição do conflito em si, mas parte do ponto de vista tradicional da aplicação da lei ao caso concreto. Embora o Estado ainda detenha o monopólio da jurisdição, a recente abertura para os métodos consensuais de resolução de litígios, como visto anteriormente, permitiu que essa atividade saísse do controle exclusivo do Judiciário e passasse a ser exercida tanto em meios privados quanto em outros órgãos

³⁸ SANTIAGO, Rafael da Silva. Arbitragem e regulação: uma análise da aplicação do juízo arbitral no setor das telecomunicações. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, v. 6, n. 1, p. 177-230, 2014.

da Administração Pública, desde que seguidos certos parâmetros baseados em princípios fundamentais. Essa abertura legislativa também pode ser considerada um marco para a mudança do próprio conceito da função judiciária, ampliando sua natureza para abarcar também os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos³⁹.

Com relação à Anatel, os fundamentos legais e infralegais de sua capacidade de resolução de disputas estão contidos, primeiramente, nas leis que dispõem sobre a Mediação e a Arbitragem e na própria Lei de criação da agência, respectivamente as leis nº 13.129 e nº 13.140 de 2015 e a Lei nº 9.472 de 1997, além dos dispositivos contidos em seu Regimento Interno (Resolução nº 612 de 2013). As referidas leis trazem dispositivos que regulam os procedimentos especiais a serem adotados fora do âmbito do Judiciário para a resolução de conflitos, prevendo mecanismos especiais que devem ser aplicados a situações específicas, onde os direitos em litígio são de natureza patrimonial disponível, isto é, estão sob total controle do indivíduo e não sofrem a interferência do Estado na sua gestão a não ser que haja descumprimento da lei. Presente esse critério e tratando-se de matéria cuja competência é da Anatel, a mediação ou a arbitragem são opções possíveis para a composição do litígio.

A Lei nº 9.472 de 1997, ou Lei Geral de Telecomunicações (LGT), estabeleceu os critérios para a regulação do setor de telecomunicações no Brasil e criou a Agência Nacional de Telecomunicações. Ela prevê a competência dessa agência para a composição administrativa de conflitos entre as prestadoras de serviços de telecomunicações em seu artigo 19, XVII⁴⁰. Nota-se, a partir desse dispositivo, que existe uma diferença entre os processos administrativos comuns realizados pela agência – como os processos licitatórios muitas vezes referidos ao longo do texto – e aqueles voltados para a resolução de conflitos. Dessa forma, embora seja uma composição administrativa por natureza, ela recebe um tratamento especial pela Lei, permitindo-se que sejam criados procedimentos especiais apenas para a resolução de conflitos futuramente ⁴¹[JHV7].

³⁹ LIGERO, Gilberto Notário. Uma nova visão da natureza jurídica da jurisdição a partir da arbitragem. *REVISTA JURÍDICA da UniFil*, Ano II, nº 2, pp. 194-210, 2005.

⁴⁰ BRASIL. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n. 8, de 1995

⁴¹ A diferença entre os procedimentos especiais aqui mencionados e os que são adotados pela Administração Pública em geral consiste no fato de que aqueles são formas de resolução de conflitos entre os entes administrados, enquanto esses são um mecanismo de acesso do cidadão ao poder público em busca de seus direitos em sentido amplo.

A LGT faz outra referência à competência para dirimir conflitos da agência ao dispor sobre a interconexão de redes em seu artigo 153, cuja redação se segue⁴²:

Art. 153. As condições para a interconexão de redes serão objeto de livre negociação entre os interessados, mediante acordo, observado o disposto nesta Lei e nos termos da regulamentação.

§ 2º Não havendo acordo entre os interessados, a Agência, por provocação de um deles, *arbitrará* as condições para a interconexão. (grifo nosso)

Embora, como reconhece Oliveira (2009, p. 137), não esteja claro no texto se está se tratando de um procedimento de arbitragem ou de uma simples tomada de decisão por parte da agência acerca da interconexão de redes que não fora decidida em negociação pelas partes, a referência à arbitragem neste parágrafo é relativa a um procedimento administrativo específico criado para essa situação e regulado pela Resolução nº 410 de 2005. Esse tema será tratado com maior especificidade adiante, mas convém destacar desde já o reconhecimento que a LGT faz da possibilidade de se instalar um juízo arbitral pela própria agência para decidir uma questão litigiosa relativa à matéria que fora regulamentada por ela mesma.

Essa possibilidade é uma das aberturas para a aplicação da regulação responsiva no campo da resolução de conflitos pela Anatel, pois estabelece um primeiro nível de reações diferentes – ou “armas” – que essa agência terá a seu dispor para persuadir o agente regulado a cooperar com as normas emitidas. Dessa forma, primeiramente se defere um alto grau de liberdade para que esse agente cumpra com a regulação através da negociação privada entre as empresas – nesse ponto, haveria uma espécie de autorregulação, pois a agência não estará participando de maneira direta ou coercitiva –, e então, após uma negativa de cumprimento da norma – no caso, a falta de solução negocial – a própria agência passa a interferir, mas ainda de maneira não punitiva, utilizando-se da arbitragem. Esses seriam os dois primeiros níveis da pirâmide da regulação responsiva apresentada anteriormente.

Ainda com relação à LGT, sua Exposição de Motivos referiu-se diretamente à capacidade de resolução de conflitos da agência reguladora não apenas como uma forma de regulação do mercado, mas como um direito dos próprios agentes que operam

⁴² BRASIL. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n. 8, de 1995

nesse setor de terem suas controvérsias solucionadas de maneira técnica. Ademais, a resolução de conflitos é vista como uma maneira de possibilitar a livre competição entre as empresas, removendo os obstáculos criados pela desigualdade concorrencial, como pode ser percebido nos trechos a seguir⁴³:

Com relação às regras básicas para assegurar que a competição seja justa, elas podem ser resumidas nas seguintes: [...] *resolução dos conflitos entre operadores pelo órgão regulador*.

[...] a) o órgão regulador deverá ser criado antes da privatização e do início da competição, para garantir que, desde o começo, se tenha disponíveis a infraestrutura e as habilidades necessárias à definição das regras de competição e à *solução objetiva de conflitos*;

[...] Caberá à Agência, também, resolver administrativamente sobre a interpretação da legislação de telecomunicações, prover sobre os casos omissos *e compor, na esfera administrativa, conflitos de interesse* entre prestadores de serviços de telecomunicações. (Grifo nosso)

A segunda lei a ser analisada neste ponto é a Lei nº 13.129 de 2015, que altera dispositivos da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307 de 1996). Uma dessas alterações é referente à ampliação do âmbito de aplicação da arbitragem para incluir órgãos da Administração Pública, o que permite que sejam aplicados os dispositivos dessa Lei à Anatel. Essa alteração se revela na nova redação conferida ao § 1º do artigo 1º da Lei de Arbitragem: “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”⁴⁴. Além disso, o segundo parágrafo também teve sua *redação alterada [JHV8]* para determinar que a mesma autoridade ou órgão que tem a capacidade de realizar a arbitragem também pode fazer “acordos ou transações”. Essa expressão pode ser interpretada, do ponto de vista dos métodos de ADR, como referente à mediação e à conciliação, cuja resolução não se dá por sentença ou por laudo arbitral, mas por acordo negociado entre as partes com o auxílio do mediador ou conciliador. Assim, a Lei também abre a possibilidade

⁴³ BRASIL. Ministério das Comunicações. Exposição de Motivos n. 231/MC (Lei Geral de Telecomunicações), de 10 de dezembro de 1996.

⁴⁴ BRASIL. Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

para que esses últimos métodos sejam utilizados pela Anatel, ao lado da arbitragem, como formas de resolução de conflitos.

A Lei nº 13.140 de 2015, mencionada anteriormente, traz também alguns acréscimos à compreensão da capacidade de resolução de conflitos no meio extrajudicial. Essa norma trata tanto da mediação judicial quanto da extrajudicial, abarcando também outros métodos de autocomposição de conflitos utilizados na Administração Pública em geral, o que lhe permite a aplicação dentro do contexto normativo da Anatel. Da mesma maneira, esse texto normativo também traz dispositivos que especificam tanto os procedimentos que devem ser tomados na mediação extrajudicial, quanto os princípios da mediação e os requisitos para a qualificação de mediadores extrajudiciais.

Por último, o Regimento Interno da Anatel traz, em seu Capítulo XIII, dispositivos que tratam de mecanismos específicos dessa agência para a resolução de disputas. Dos três procedimentos mencionados ali, interessam a este trabalho o procedimento de mediação e o procedimento de arbitragem administrativa⁴⁵. O procedimento de mediação se desenvolve a partir do requerimento das partes em disputa sobre o reconhecimento ou a atribuição de direitos. O artigo 94 do Regimento Interno lista as etapas do procedimento, o qual inicia com a provocação feita pelas partes em forma de Requerimento Inicial, que deve ser aceito pela autoridade competente, e tem lugar em reuniões entre essas partes, onde são apresentadas as propostas de acordos. Há um limite estabelecido de 3 reuniões, além do qual, se não for possível o atingimento de acordo, a autoridade hierarquicamente superior àquela que instaura o processo deverá declará-lo extinto. Ocorrendo, entretanto, o caso em que seja alcançado um acordo entre as partes, essa mesma autoridade superior deverá homologá-lo, “*constatando sua conformidade com a regulamentação*” (BRASIL, 2013, grifo nosso).

⁴⁵ Foi deixado de fora o procedimento da reclamação administrativa por se tratar de uma resolução de conflitos entre consumidor e prestadora de serviços, o que foge do âmbito de estudos do presente trabalho, cujo foco de pesquisa está nos conflitos entre prestadoras de serviços ou entre essas e a Anatel, com o fito de aplicar os pressupostos da teoria da regulação responsiva. A razão dessa escolha está no fato de que os conflitos do primeiro tipo não tratam diretamente das regulações emitidas pela agência, ao passo que os do segundo tipo serão em geral sobre pontos controvertidos acerca dessas regulações. Esse detalhe é o que permite que a resolução de conflitos seja utilizada como um mecanismo de regulação responsiva, pois ao trazer as disputas para dentro da sua própria estrutura administrativa, a agência estará desenvolvendo um conjunto de recursos para persuadir as empresas a submeterem-se às regulações emitidas por ela.

O destaque para a constatação da conformidade com a regulamentação feita pela autoridade da agência reguladora se deve à sua possibilidade de aproximação com aspectos da regulação responsiva. Ao fazer esse controle de conformação com as próprias normas emitidas, o ente regulador exerce seu poder sobre os agentes que lhe estão submetendo sua tomada de decisão, de forma que o processo de mediação pode continuar sendo utilizado por aquele como um dos mecanismos de persuasão dentro da escala (pirâmide⁴⁶) da regulação responsiva. Ainda como forma de prosseguir nessa escala, o § 3º do artigo 94 do Regimento Interno determina que o descumprimento do acordo homologado ensejará a instauração de Pado (Procedimento para apuração de descumprimento de obrigações⁴⁷), o que significa que a agência possui ainda mais um instrumento dentro de suas competências para realizar a regulação de maneira responsiva, ou seja, de acordo com o comportamento do agente regulado. Assim, como a pirâmide da regulação responsiva cresce em nível de coerção, o Pado poderia ser visto como um instrumento de maior nível coercitivo, já que se faz o caso de punir o agente que eventualmente descumprir a obrigação assumida na fase negocial.

O segundo método para resolução de conflitos entre prestadoras de serviços de telecomunicações descrito no Regimento Interno é o Procedimento de Arbitragem Administrativa. Apesar da falta de clareza no texto ao fazer distinção entre a natureza e conceito dos procedimentos de mediação e arbitragem, é possível dizer que a estrutura normativa construída para cada um deles se diferencia no tocante à simplificação dos atos processuais, tendo a mediação menos etapas e atribuições à autoridade competente. Não obstante, a aproximação conceitual entre esses dois instrumentos é tamanha que é possível que uma mesma matéria que esteja sendo tratada em procedimento de mediação tenha seu rito convertido em arbitragem caso não tenha sido atingido o acordo (art. 94, X e art. 97), além da alternativa de se realizar uma Reunião de Conciliação (art. 96, III). Há também uma advertência no § 1º do artigo 96 que aponta para a especificidade do uso de determinados mecanismos de resolução de disputas, sendo que o uso indevido do procedimento de arbitragem poderá ensejar a sua extinção caso o feito não seja convertido para o procedimento adequado. Com relação aos outros

⁴⁶ Sobre a pirâmide da regulação responsiva, cf. capítulo I supra.

⁴⁷ O Pado é um procedimento regular da Anatel que se destina a averiguar e punir eventuais descumprimentos de obrigações advindas de lei, regulamento, norma, contrato, ato, termo de autorização ou permissão e ato administrativo de efeitos concretos que envolva matéria de competência da Anatel e está exposto nos artigos 80 a 91 do Regimento Interno.

procedimentos específicos, as próximas abordagens deverão trazer maior clareza a respeito da possibilidade de aplicação da regulação responsiva na resolução de conflitos realizada pela Anatel.

2. A ARBITRAGEM EM INTERCONEXÃO DE REDES

A interconexão de redes é mencionada na Lei Geral de Telecomunicações (art. 146, I, 153 e outros), mas foi especificamente regulamentada pela Resolução nº 410 de 2005. De acordo com a redação do art. 3º, V, interconexão é uma “ligação de Redes de Telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os Usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com Usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis” (BRASIL, 2005). De acordo com essa última norma, é necessário que haja uma negociação entre as partes, devendo a prestadora que tiver interesse em realizar a interconexão fazer um pedido àquela em cuja rede deseja fazê-lo. Esta, por sua vez, está obrigada a tornar disponível a interconexão através do chamado Ponto de Interconexão, devendo oferecer uma alternativa compatível quando não isso não for viável. Nesse último caso, as partes deverão acordar entre si a utilização de um Ponto alternativo, e, se não houver acordo, a matéria deverá ser levada para arbitragem na própria Anatel.

Com relação a esse processo de arbitragem, vale ressaltar que a sua ligação com as bases tradicionais da ADR é questionada, de forma que ele é considerado por alguns como um simples processo administrativo de resolução de conflitos e não uma arbitragem em sentido estrito⁴⁸. De fato, ao se analisar as etapas e consequências desse procedimento, nota-se que lhe faltam os elementos essenciais que caracterizam a arbitragem como um método *consensual* de resolução de conflitos. Mais notadamente, lhe falta o elemento da escolha do árbitro pelas partes, que é essencial para gerar

⁴⁸ OLIVEIRA, Artur Coimbra de. O papel do órgão regulador na resolução de disputas entre operadoras de telecomunicações: a arbitragem e a mediação à luz das experiências japonesa, inglesa e americana. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, v. 1, n. 1, p. 111-159, 2009. O autor compara o processo de arbitragem em interconexão com a arbitragem descrita na Lei nº 9.307/1996, mostrando que há divergências entre esses dois procedimentos, como o fato de os árbitros do processo da Resolução nº 410 serem fixos, não podendo as partes escolhê-los, e a decisão final tomada pelo Conselho Diretor ser passível de discussão no Judiciário, o que não ocorre com o laudo arbitral convencional.

confiança nas partes com relação ao resultado da arbitragem (OLIVEIRA, 2009, p. 116). Sem esse elemento, as partes perdem o controle mínimo que teriam sobre o processo e esse se degenera em uma forma comum de resolução de conflitos, como dito acima. Entretanto, devido à natureza da Anatel de órgão regulador, essa abordagem deve ser feita com cautela, uma vez que é necessário haver um certo grau de controle sobre o processo, ou seja, a escolha de árbitros alheios ao quadro da agência poderia ocasionar interferências na atividade regulatória, assim como a possibilidade de escolha de um agente julgador em detrimento de outro poderia ocasionar problemas institucionais ao confrontar princípios da Administração Pública.

Tal desvio procedimental não ocorre na Lei da Arbitragem, cujo artigo 13 deixa explícito o fato de que as partes terão autonomia na nomeação dos árbitros, podendo escolhê-los livremente ou requerer a outro órgão que faça esse procedimento. Entretanto, a importância do acordo entre elas para essa escolha dos indivíduos aos quais submeterão o julgamento de sua disputa é sempre respeitada. Além disso, a Lei nº 13.129/15 tornou explícita a possibilidade do uso dos procedimentos descritos na lei anterior pela Administração pública⁴⁹. Portanto, o procedimento adequado para a arbitragem já possui precedente normativo em nosso ordenamento jurídico, o que torna a adaptação do corpo normativo da Anatel referente a essa matéria uma tarefa urgente.

Existe também outro detalhe que torna a arbitragem em interconexão de redes imprópria para a regulação responsiva: a citação para o processo. Ao contrário do Procedimento de Arbitragem previsto no Regimento Interno, em que não há menção à possibilidade de uma parte sozinha dar início ao procedimento, na interconexão há clara evidência de que as partes não começam o procedimento juntas, mas apenas uma delas lhe dá início. A Resolução nº 410 atribui até mesmo os nomes de requerente e requerido à parte que produz o requerimento e àquela que é notificada da sua existência após a admissão, passando a integrar o procedimento, em uma típica alusão ao processo civil comum (artigo 14 do Anexo III da Resolução).

⁴⁹ BRASIL. Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

A disfunção do mecanismo aqui estudado, que está evidenciada na etapa da citação acima descrita, se deve ao fato de que as partes não convencionaram a solução de sua controvérsia por meio da arbitragem. Ora, se uma parte precisou ser notificada da existência do procedimento, evidentemente ela não havia tomado a decisão, juntamente com a outra parte, de iniciá-lo. Isso significa que um dos aspectos primordiais da arbitragem, que a tornam um método essencialmente consensual de resolução de conflitos, não esteve presente na relação entre os sujeitos aqui tratados: a convenção de arbitragem. Prevista na supramencionada Lei de Arbitragem, essa convenção pode ser manifesta através do contrato celebrado entre as partes, ocasião em que recebe o nome de cláusula compromissória, referindo-se apenas àquele contrato, ou de modo autônomo, quando será chamada compromisso arbitral⁵⁰. De ambas as formas, as partes convencionam antes do processo arbitral que o seu conflito será resolvido por esse meio, o que significa que a sua vontade está expressa ali assim como em um acordo produzido em uma mediação, embora o conteúdo seja definido por um terceiro.

A existência da consensualidade no mecanismo de resolução de conflitos se revela importante quando as partes, de posse de uma decisão para a qual ambas concorreram com suas manifestações de vontade, ficam mais propensas a cumpri-la (OLIVEIRA, 2009, p. 146). Ao se aplicar a regulação responsiva, percebe-se que essa maior disposição para a execução da decisão pelas partes é conveniente à agência reguladora, que buscará métodos persuasivos para fazer com que o agente regulado cumpra com a regulação. Outro fato importante é que, por meio do uso de métodos consensuais, a agência consegue perceber em que nível os agentes estão determinados a cumprir ou não com a regulação, podendo responder com o grau adequado de sanção.

Permanece, entretanto, a pergunta: *haveria alguma forma de se aplicar a regulação responsiva ao modelo de resolução de conflitos previsto na Resolução nº 410 da Anatel?* Embora com um grau de atuação restrito, ainda é possível fazer essa aplicação. Conforme visto acima, a teoria da regulação responsiva indica que a agência reguladora deve possuir um amplo conjunto de sanções – ou ‘armas’ – ao seu dispor para que, a cada movimento desleal praticado pelo agente regulado, ela tenha como lhe corresponder na exata medida de sua ação, buscando trazê-lo de volta à cooperação, ou

⁵⁰ BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem.

seja, ao cumprimento das normas regulatórias. Da mesma forma, o procedimento de resolução de conflitos em interconexão ocorre apenas após a negativa das partes em cumprir com a determinação da regulação própria, que lhes determina que negociem entre si acerca da forma como ocorrerá a interconexão. Assim, o primeiro nível da pirâmide de regulação responsiva, onde pode ser utilizada a autorregulação⁵¹, apareceria na forma da negociação entre as partes, que está prevista no artigo 153 da Lei Geral de Telecomunicações. Sendo infrutífera essa negociação por parte das prestadoras, a agência deverá corresponder subindo para o segundo nível da pirâmide, ainda com uma abordagem persuasiva, que seria o mencionado procedimento de resolução de conflitos (Art. 16, §3º da Resolução nº 410/2005), apesar das suas disfunções acima descritas.

Ainda dentro do mecanismo da pirâmide regulatória, caso alguma das prestadoras não cumpra com a decisão tomada em sede de arbitragem, ou mesmo com aquelas negociadas no contrato de interconexão, a agência poderá aplicar alguma das sanções previstas nos artigos 173 a 182 da LGT (Art. 43 da Resolução nº 410/2005). As sanções presentes nesses artigos também variam de acordo com o grau da infração, conforme a redação do artigo 176, mas nem todas elas se aplicam ao instituto da interconexão, apenas a advertência e a multa. Fora essas sanções, a Anatel também pode se utilizar da caducidade, da declaração de inidoneidade e do instituto da intervenção (art. 110, VI). Como o foco da presente pesquisa é a aplicação da teoria da regulação responsiva apenas quanto à capacidade de resolução de disputas, essas outras formas de sanções, que estariam localizadas nos níveis superiores da pirâmide de regulação responsiva, são mencionadas apenas como um complemento. Assim, a pirâmide para a regulação da Anatel sobre interconexão de redes poderia ser representada na figura a seguir.

⁵¹ AYRES, Ian e BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate**. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 38. O seguinte trecho esclarece a proposição acerca da autorregulação na base da pirâmide: “[...] governments are most likely to achieve their goals by communicating to industry that in any regulatory arena the preferred strategy is industry self-regulation. When self-regulation works well, it is the least burdensome approach from the point of view of both taxpayers and the regulated industry.”



Como se pode perceber, as ações mais persuasivas se localizam na base da pirâmide, o que revela que seu uso deve ser mais encorajado, ao contrário das ações coercitivas, que se encontram nos níveis superiores. Por isso, a maior importância é dada aos instrumentos persuasivos, que devem ser executados de forma a se obter a maior eficácia possível no cumprimento das regulações. Uma vez que a arbitragem prevista nas normas referentes ao assunto não é executada da maneira como um método consensual de resolução de disputas, como demonstrado acima, ela pode não gerar a eficácia de que esse depende. Desta forma, mesmo que a Anatel possa utilizar o instrumento de resolução de disputas em interconexão como forma de regulação responsiva, essa estratégia não terá um funcionamento adequado em comparação com o uso de uma arbitragem consensual, nos parâmetros da Lei nº 9.307 de 1996.

3. O PROCESSO DE RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA DE CONFLITOS EM COMPARTILHAMENTO DE INFRAESTRUTURA

Conforme assevera Oliveira (2009, pp. 139-140), quando há um conflito entre as prestadoras relativo ao compartilhamento de infraestrutura, é necessário analisar se essas prestadoras pertencem ao mesmo setor regulado ou não. O motivo é que há duas

normas que regulam essa situação no âmbito da Anatel⁵²: a Resolução nº 274/2001, que se aplica apenas às prestadoras dos serviços de telecomunicações, e a Resolução Conjunta nº 2/2001, que se aplica às prestadoras dos setores de telecomunicações, energia elétrica e petróleo. No entanto, tendo em vista os fins da presente pesquisa, a Resolução Conjunta adotada pela Anatel, Aneel e ANP não será analisada⁵³.

Com relação aos conflitos entre prestadoras do ramo de telecomunicações, a mencionada Resolução nº 274 faz menção à mediação e à arbitragem como formas pelas quais a Anatel poderá dirimi-los. O texto não traz um procedimento específico a ser seguido, como é comum nos regulamentos especiais da Anatel, mas menciona o estabelecimento desses mecanismos em regulamentação específica. Devido ao fato de não ter sido editada nenhuma norma pela Anatel sobre esse tema, utiliza-se o rito descrito no seu Regimento Interno⁵⁴. Não obstante, são descritos alguns detalhes importantes que merecem observação. O § 1º do artigo 27 da Resolução determina que a solicitação de qualquer dos procedimentos administrativos para resolução de disputas está condicionada à *exaustão das negociações entre as partes*. Essa necessidade de se realizarem negociações em primeira instância remete ao modelo piramidal da regulação responsiva mencionado acima, no qual a autorregulação está colocada no primeiro degrau.

Vale ressaltar que os objetivos da autorregulação em compartilhamento de redes são esclarecidos na própria Resolução nº 274, em seu artigo 7º, que prevê o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis por parte das próprias prestadoras,

⁵² Além dessas duas resoluções, também se inclui a Lei nº 13.116 de 2015, que estabelece a obrigatoriedade do compartilhamento de infraestruturas de telecomunicações, além de outros provimentos com relação ao tema.

⁵³ Tratando-se do uso da capacidade de resolução de conflitos da Anatel como forma de resolução responsiva, não há como aplicar essa teoria à situação em que a agência divide sua competência para regular o conflito entre uma prestadora de serviços do seu setor regulado e outra de outro setor, pois nesse caso o foco da atuação é meramente a resolução daquele conflito e não a infração da regulação de uma só agência. Além disso, para que haja regulação responsiva através da resolução de conflitos, a agência deve ter controle sobre o processo, podendo também aplicar sanções no caso de descumprimento das obrigações contratadas nas fases iniciais.

⁵⁴ OLIVEIRA, Artur Coimbra de. O papel do órgão regulador na resolução de disputas entre operadoras de telecomunicações: a arbitragem e a mediação à luz das experiências japonesa, inglesa e americana. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, v. 1, n. 1, p. 111-159, 2009. A respeito do rito utilizado em processo de resolução de conflitos em compartilhamento de infraestrutura, o acórdão nº 535/2015, vinculado ao processo nº 53500.013660/2013, de relatoria do Conselheiro Igor Villas Boas de Freitas, descreve uma situação de conflito entre duas prestadoras que foi levada à Anatel mediante Pedido de Arbitragem. No texto, cita-se, dentre outros elementos constitutivos do rito do Regimento Interno, a instauração de Reunião de Conciliação entre as partes (Art. 96, III, do RI), a qual não teria surtido resultado, prosseguindo-se com o procedimento arbitral. *Boletim de Jurisprudência* nº 37/2015.

encarregadas de agirem de maneira racional em busca desse objetivo, como se pode observar abaixo⁵⁵:

Art. 7º O Compartilhamento de Infraestrutura deve estimular a otimização de recursos, a redução de custos operacionais, além de outros benefícios aos usuários dos serviços prestados, atendendo a regulamentação específica do setor de telecomunicações.

Parágrafo único. As Prestadoras devem empreender esforços no sentido de evitar a duplicidade de Infraestrutura para prestação de serviço, buscando a racionalização no uso de instalações.

Também nesse sentido, a mencionada Lei nº 13.116 de 2015 traz dispositivos que explicitam a obrigatoriedade do compartilhamento de infraestruturas para as prestadoras⁵⁶:

Art. 14. É obrigatório o compartilhamento da capacidade excedente da infraestrutura de suporte, exceto quando houver justificado motivo técnico.

§ 3º. A construção e a ocupação de infraestrutura de suporte devem ser planejadas e executadas com vistas a permitir seu compartilhamento pelo maior número possível de prestadoras.

Art. 15. Nos termos da regulamentação da Anatel, as detentoras devem tornar disponíveis, de forma transparente e não discriminatória, às possíveis solicitantes, documentos que descrevam as condições de compartilhamento, incluindo, entre outras, informações técnicas georreferenciadas da infraestrutura disponível e os preços e prazos aplicáveis.

Como se pode observar, o compartilhamento de infraestrutura reproduz os valores da regulação responsiva, uma vez que a legislação impõe às prestadoras um comportamento cooperativo cujo objetivo é o máximo aproveitamento econômico e social de seus bens, não apenas o menor dispêndio de gastos públicos. Esse mecanismo requer também a atuação de uma agência reguladora capaz de resolver os conflitos que se instalam quando não há possibilidade para a cooperação proveniente das próprias

⁵⁵ BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Aprova o Regulamento de Compartilhamento de Infraestrutura entre as Prestadoras dos Serviços de Telecomunicações. Resolução n. 274, de 5 de setembro de 2001.

⁵⁶ BRASIL. Lei n. 13.116, de 20 de abril de 2015. Estabelece normas gerais para implantação e compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações e altera as Leis nos 9.472, de 16 de julho de 1997, 11.934, de 5 de maio de 2009, e 10.257, de 10 de julho de 2001.

partes. Tal conjectura se assemelha aos conceitos de dilema do prisioneiro e de estratégia TFT (olho por olho) utilizados pelos idealizadores da teoria da regulação responsiva para descrever a maneira como os atores devem interagir no ambiente regulatório. Tanto nos exemplos retirados da teoria dos jogos quanto no contexto do compartilhamento de infraestrutura, existe uma multiplicidade de fatores que torna a tomada de decisão pelas partes mais complexa do que a simples busca pelo maior lucro, impelindo-as a decidirem racionalmente pela cooperação⁵⁷.

O segundo detalhe a respeito dos processos de resolução de conflitos mencionados na Resolução nº 274 é a obrigação que a prestadora interessada tem de comunicar previamente e por escrito à outra que dará início ao procedimento junto à Anatel (art. 27, § 2º). Pode-se argumentar que essa comunicação feita pela prestadora é apenas uma maneira de eliminar os custos com a notificação, deixando a tarefa para a própria parte interessada. Entretanto, não se deve ignorar o fato de que essa ocasião, pelo fato de acontecer antes da intervenção da Anatel, desperta maior comunicação entre as partes, embora não tenha os mesmos efeitos que uma arbitragem consensual, onde aquelas fazem um acordo prévio com relação a levar a sua questão para a câmara arbitral, excluindo qualquer necessidade de citação.

Quanto às sanções, é possível identificar as mesmas hipóteses que se aplicam ao procedimento de interconexão, pois a Resolução nº 274/2001 apenas remete o tema para a legislação extravagante (art. 31), não especificando quaisquer formas de sanção. Dessa forma, com uma observação a respeito do mecanismo de arbitragem, como foi mencionado acima, é possível aplicar a mesma pirâmide de regulação responsiva que foi exemplificada no procedimento supramencionado.

4. A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS CONTRATOS DE STFC

A sigla STFC se refere a *Serviço Telefônico Fixo Comutado*, que é o “serviço de telecomunicações que, por meio da transmissão de voz e de outros sinais, destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados, utilizando processos de telefonia”, segundo a Anatel⁵⁸. A Anatel disponibilizou, através de sua Resolução nº 552 de 2010, os modelos de contratos de concessão desse serviço nas modalidades Local, Longa

⁵⁷ HEAP, Shaun P. Hargreaves e VAROUFAKIS, Yanis. *Game Theory: A Critical Introduction*, Londres: Routledge, 2003, pp. 162-164.

⁵⁸ Em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/glossario?view=faq&catid=&search=Servi%C3%A7o%20Telef%C3%B4nico%20Fixo%20Comutado&faqid=1382>> acesso em 11 de outubro de 2016.

Distância Nacional (LDN) e Longa Distância Internacional (LDI). Em todos os modelos, que se encontram nos anexos da referida resolução, as cláusulas 33.1 a 34.1 tratam dos mecanismos que deverão ser adotados para a resolução de eventuais conflitos decorrentes dessa concessão.

Nas cláusulas indicadas acima, são mencionadas duas situações de resolução de conflitos, uma específica, com aplicação restrita e descrição do procedimento, e outra genérica, que aponta apenas os mecanismos a serem utilizados, mas não esclarece o procedimento a ser adotado em cada um deles. Para a primeira situação, optou-se pelo processo de arbitragem, que aqui segue corretamente os padrões da Lei nº 9.307/96, ao contrário das outras resoluções da Anatel analisadas até aqui (SANTIAGO, 2014, p. 209). Entretanto, esse caso não poderá servir para o propósito do presente estudo, pois não pode ser utilizado pela Anatel como uma forma de regulação responsiva.

Em primeiro lugar, esse procedimento arbitral se dá por conflito entre a Concessionária e a própria Anatel. Isso torna a agência incapaz de ter um controle sobre a conformidade da decisão com a regulamentação, pois ela estará atuando como parte. Em segundo lugar, mesmo que houvesse um tal controle, ele não permitiria que a Anatel se utilizasse do método para realizar a regulação responsiva. A cláusula 33.1 estabelece que as partes só deverão recorrer à arbitragem se sua controvérsia for relativa a uma das matérias ali listadas, e nenhuma dessas matérias se refere à interpretação e aplicação da regulamentação.

A segunda situação de resolução de conflitos descrita no contrato, por sua vez, se refere a controvérsias entre a Concessionária e outras prestadoras, e a matéria da controvérsia deve ser relativa à interpretação e aplicação da regulamentação. Para isso, são referidos os procedimentos de mediação, arbitragem e reunião de composição de conflitos. Aqui, entende-se que os conflitos levados à Anatel para resolução serão uma oportunidade para aplicação da regulação responsiva, pois as partes estarão em desacordo quanto à regulamentação em si, o que traz a possibilidade de uma violação dessas normas. Como visto no capítulo referente à teoria da regulação responsiva, quando o agente regulado se comporta de maneira não cooperativa, isto é, desobedecendo às normas, a primeira forma de trazê-lo de volta à cooperação por parte da agência é através de mecanismos persuasivos. Por sua vez, os métodos de ADR – como a arbitragem e a mediação – têm sido vistos como uma saída economicamente racional de trazer uma solução ao conflito, como visto no capítulo referente a essa

matéria, o que permite que seu uso seja enquadrado no nível persuasivo da pirâmide da regulação responsiva.

Entretanto, como dito acima, os contratos de STFC não prescrevem o procedimento a ser adotado em cada uma dessas formas de solução de conflitos, mas apenas fazem menção a elas como exercício da função de órgão regulador da Anatel em decorrência dos artigos 8º e 19º da LGT. Aqui, mais uma vez, remete-se aos procedimentos gerais de arbitragem e mediação descritos no Regimento Interno (OLIVEIRA, 2009, p. 143). Dessa forma, a Regulação nº 552 apenas reitera os mecanismos já mencionados anteriormente, que podem ser utilizados pela Anatel como forma de regulação responsiva através da resolução de conflitos.

Com relação aos outros níveis de atuação da escala da regulação responsiva, os contratos de STFC contêm cláusulas específicas endereçando sanções para o descumprimento por parte da prestadora (Capítulo XXVI)⁵⁹. Primeiramente, são listadas dez espécies de multas referentes a situações específicas. Em seguida, são mencionados os institutos da intervenção e da caducidade que, além de serem a *ultima ratio* nos casos de retomada das atividades pela própria agência reguladora, servem também como uma forma de sanção extrema. As seguintes cláusulas são esclarecedoras nesse sentido⁶⁰:

Cláusula 26.2. Para aplicação das multas contratuais previstas neste Capítulo serão observadas as regras contidas no Título VI do Livro III da Lei n.º 9.472, de 1997, e na regulamentação.

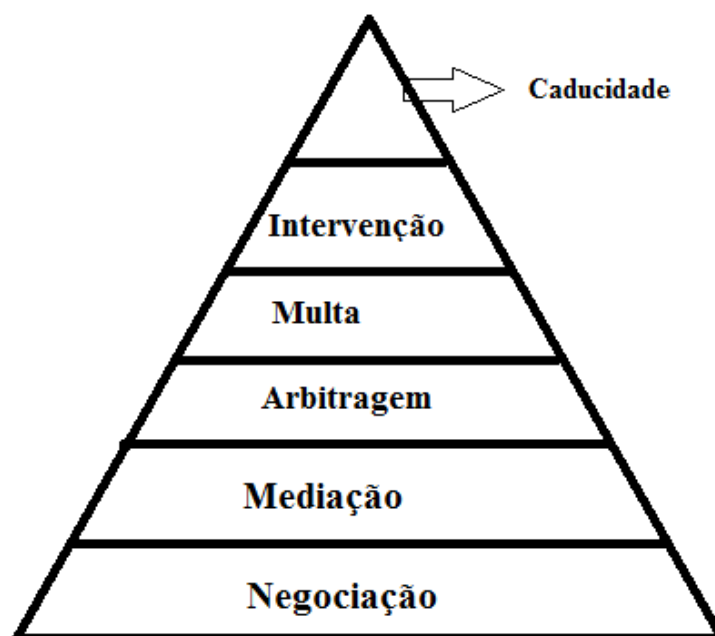
Parágrafo único. Para aplicação das sanções previstas neste Capítulo será observado o previsto no Regimento Interno da Anatel e na regulamentação específica.

Cláusula 26.3. As multas previstas neste Capítulo serão aplicadas sem prejuízo da caracterização das hipóteses de intervenção ou declaração de caducidade previstas no presente Contrato.

⁵⁹ BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Aprova a alteração dos Contratos de Concessão para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, nas modalidades de serviço Local, Longa Distância Nacional – LDN e Longa Distância Internacional – LDI.. Resolução nº 552, de 10 de dezembro de 2010

⁶⁰ Idem.

Dessa forma, uma vez que os procedimentos de mediação e arbitragem também são utilizados como forma de resolução de conflitos, como explorado mais acima, a pirâmide específica para esse tipo de procedimento pode ser esquematizada da seguinte forma:



5. PANORAMA DA APLICAÇÃO DA REGULAÇÃO RESPONSIVA À CAPACIDADE DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS DA ANATEL

De acordo com as proposições analisadas acima, é possível afirmar que existe espaço para a aplicação da teoria da regulação responsiva na capacidade de resolução de conflitos da Anatel, embora não de maneira eficiente no contexto das normas atuais que regulam a matéria. Como visto acima, existem ainda alguns entraves com relação aos procedimentos utilizados pela Anatel para resolução de conflitos, o que dificulta o diálogo necessário entre o ente regulador e o agente regulado para a cognição e correta interpretação das ações tomadas por cada um. Como visto anteriormente, a Teoria da Regulação Responsiva considera a existência dos *multiple selves* dentro de cada empresa, o que faz com que nem todas as escolhas sejam feitas visando apenas o aumento dos lucros. Existem graus de respeito às normas e de responsabilidade social incluídos no processo de tomada de decisão que devem ser respeitados pela agência no momento em que elabora sua estratégia regulatória (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 19).

Tendo em vista a utilização dos mecanismos de resolução de conflitos das diversas situações abrangidas pela regulamentação da Anatel como meios de regulação responsiva, serão necessárias reformas nos procedimentos adotados em cada um desses mecanismos no sentido de torná-los mais consensuais. A importância da consensualidade, como dito acima, está ligada, sobretudo, à eficácia das decisões tomadas nos procedimentos, que está aliada à sua legitimidade aos olhos das partes. Esse mecanismo de confiança é muito explorado nas descrições dos elementos psicossociais da teoria, onde a busca por cooperação é motivadora das atitudes do ente regulador em seu contato com os agentes regulados. Em cada interação, o regulador deve agir de maneira racional, buscando compreender as complexidades do regulado e utilizando um “vocabulário motivador para alcançar seus objetivos regulatórios” (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 32).

No contexto da resolução de conflitos, a cooperação deve ser sempre o foco do procedimento. Os métodos de ADR, como visto anteriormente, foram desenvolvidos buscando-se a melhor forma de fazer com que as partes cooperassem em busca de ganhos comuns. Por outro lado, quando a agência reguladora utiliza métodos tradicionais, semelhantes aos procedimentos administrativos comuns, ela retira a possibilidade de gerar um ambiente de maior cooperação. A abertura para esse ambiente cooperativo permite que, ao invés de aplicar as sanções de imediato (aquelas mencionadas nos artigos 173 a 182 da LGT), a agência atue de maneira persuasiva, que é o objetivo da regulação responsiva.

Com relação ao comportamento atual da Anatel, existem esforços sendo empregados no sentido de tornar sua atividade regulatória mais efetiva diante do volume crescente de negócios que se destaca no setor regulado por essa agência, ao mesmo tempo em que métodos mais defasados de regulação ainda estão sendo utilizados na maioria das situações. As próprias arbitragens mencionadas acima são geridas sob o entendimento de que as partes já tentaram outras formas de solução de conflitos anteriormente, tendo essas sido frustradas. Nesse sentido, está sendo elaborado um Regulamento Geral de Qualidade que abrangerá todos os serviços já regulados e cujas bases são orientadas pela Teoria da Regulação Responsiva, de forma a se prezar por ações mais persuasivas em vez de aplicar as sanções previstas na legislação de imediato. Outras formas de solucionar os problemas de eficiência gerados pela excessiva burocratização da regulação também são exploradas, como a aplicação

da gestão de riscos, em que a agência somente intervém de forma mais ativa onde há maiores riscos de não satisfação do interesse público*.

CONCLUSÃO

A Anatel possui um amplo arcabouço normativo para exercer sua atividade regulatória, o que é propício para a instalação de um mecanismo de regulação responsiva, onde são necessários vários métodos de persuasão e sanção para levar os agentes regulados a obedecerem à regulamentação. Entretanto, o sucesso desse mecanismo regulatório depende da eficácia dos métodos utilizados pela agência. No caso da Anatel, a mediação é pouco utilizada, enquanto a arbitragem é amplamente difundida pelos regulamentos, embora não tenha um padrão fixo e seja operada como um procedimento administrativo comum na maioria das vezes.

Existem outros mecanismos específicos de resolução de disputas que não foram abordados neste trabalho devido à falta de conexão entre seu procedimento e os objetivos da regulação responsiva. Entre eles, estão os procedimentos de resolução de conflitos do Plano Geral de Metas de Competição (PGMC)⁶¹ e do Regulamento de Exploração Industrial de Linha Dedicada (EILD)⁶². Ambos são procedimentos administrativos comuns, sem nenhuma das prerrogativas dos métodos de ADR além da ocorrência de tentativa de conciliação na primeira audiência. Como visto no decorrer deste estudo, a teoria da regulação responsiva se baseia na compreensão da complexidade da tomada de decisão do agente regulado, de forma que o ente regulador possa reagir da forma mais eficiente possível, tendo métodos que lhe permitam persuadir aquele a cooperar, e não somente sancioná-lo. Os procedimentos para resolução de disputas que não dão espaço para a escolha das partes, como o do EILD, podem ser vistos como uma sanção de alta poder coercitivo aplicada diretamente sobre o agente regulado. Por outro lado, a teoria aqui estudada prevê uma gradação na aplicação de sanções que torna a atividade regulatória mais adaptada ao relacionamento com o agente regulado.

* Comunicação pessoal da superintendente de controle e obrigações da Anatel, Karla Crosara Ikuma Rezende, em 3 de novembro de 2016.

⁶¹ BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Aprova o Plano Geral de Metas de Competição (PGMC). Resolução nº 600, de 8 de novembro de 2012

⁶² BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Aprova o Regulamento de Exploração Industrial de Linha Dedicada – EILD. Resolução nº 590, de 15 de maio de 2012

Tendo isso em vista, é necessário que sejam aplicados métodos de resolução de disputas cujo enfoque seja a cooperação, uma vez que a regulação responsiva tem como primeiro degrau de sua atividade a persuasão. Após a compreensão da cooperação do agente regulado, não é necessário prosseguir com o comportamento sancionatório, o que parece ser um mecanismo automático dos procedimentos administrativos comuns. O retorno à colaboração é uma das atitudes mais bem-sucedidas da regulação responsiva, proveniente da estratégia TFT. Dessa forma, o agente será convencido de que a cooperação é a melhor forma de se obter ganhos múltiplos, como visto na comparação com a teoria dos jogos. Assim, a busca por procedimentos colaborativos de resolução de conflitos em cada setor das telecomunicações é uma maneira de expandir as possibilidades de aplicação da regulação responsiva pela Anatel.

BIBLIOGRAFIA

AXELROD, Robert. *The Evolution of Cooperation*. Nova Iorque: Basic Books, 2006.

AYRES, Ian e BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992

BARRETT, Jerome T. *A history of alternative dispute resolution: the story of a political, cultural and social movement*, San Francisco: Jossey-Bass, 2004.

BRAGA NETO, Adolfo. A mediação de conflitos no contexto empresarial. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. pp. 131-145.

BRAGA, Diva; LEMOS, Luciano Braga; LEMOS, Rodrigo Braga. **Arbitragem no direito brasileiro**. *Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n.4, p. 67-88, jan./jul., 2002.

BRAITHWAITE, J. The Essence of Responsive Regulation (Fasken Lecture). *UBC Law Review*, Vancouver, v. 44, n. 3, p. 475-520, mar. 2011

_____. Responsive Regulation and Developing Economies. *World Development*, v. 34, n. 5, pp. 884–898, 2006

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. *Aprova a alteração dos Contratos de Concessão para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado*

– STFC, nas modalidades de serviço Local, Longa Distância Nacional – LDN e Longa Distância Internacional – LDI.. Resolução nº 552, de 10 de dezembro de 2010

_____. Agência Nacional de Telecomunicações. Aprova o Plano Geral de Metas de Competição (PGMC). Resolução nº 600, de 8 de novembro de 2012

_____. Agência Nacional de Telecomunicações. Aprova o Regimento Interno da Anatel. Resolução n. nº 612, de 29 de abril de 2013.

_____. Agência Nacional de Telecomunicações. Aprova o Regulamento Geral de Interconexão. Resolução n. 410, de 11 de julho de 2005, Anexo III.

_____. Agência Nacional de Telecomunicações. Aprova o Regulamento de Compartilhamento de Infraestrutura entre as Prestadoras dos Serviços de Telecomunicações. Resolução n. 274, de 5 de setembro de 2001.

_____. Agência Nacional de Telecomunicações. Aprova o Regulamento de Exploração Industrial de Linha Dedicada – EILD. Resolução nº 590, de 15 de maio de 2012

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília, DF, 2016.

_____. Lei n. 13.116, de 20 de abril de 2015. Estabelece normas gerais para implantação e compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações e altera as Leis nos 9.472, de 16 de julho de 1997, 11.934, de 5 de maio de 2009, e 10.257, de 10 de julho de 2001.

_____. Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

_____. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem.

_____. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n. 8, de 1995

_____. Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. ...

_____. Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

_____. Ministério das Comunicações. Exposição de Motivos n. 231/MC (Lei Geral de Telecomunicações), de 10 de dezembro de 1996

CAMERER, Colin F. "Progress in Behavioral Game Theory." *The Journal of Economic Perspectives*, v. 11, n. 4, pp.167-88, 1997

CAMPOS, Adriana Pereira; SOUZA, Alexandre de Oliveira Bazilio de. **A Conciliação e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Império Brasileiro.** *Dados*, Rio de Janeiro, v. 59, n. 1, pp. 271-298, Mar. 2016.

Commission on Global Governance. Our global neighbourhood: The report of the commission on global governance. Oxford, UK: Oxford University Press, 1995, p. 33, apud. BRAITHWAITE, John. Responsive Regulation and Developing Economies. *World Development*, v. 34, n. 5, pp. 884–898, 2006

Concorrenciais: o Conflito do Oligopólio Tratado em um Jogo de Empresas. *Revista de Administração Contemporânea*, 1ª Edição Especial, p. 77-101, 2007

COSTA, Helena Dias Leão. *O instituto da conciliação no Código de Processo Civil brasileiro e no anteprojeto do novo Código em discussão no Congresso Nacional.* Conteudo Juridico, Brasília-DF: 07 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43759&seo=1>>. Acesso em: 20 set. 2016.

CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras.** Belo Horizonte: Forum, 2008. 171 p.

DELGADO, José Augusto. A arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual. **Revista Forense**. n. 374. Jul./Ago. 2004. p. 127-142.

DEUTSCH, Morton, COLEMAN, Peter T., e MARCUS, Eric C. The handbook of conflict resolution : theory and practice. San Francisco: Jossey-Bass, 2006.

FARIAS, Juliana Guanaes Silva de Carvalho. Panorama da Mediação no Brasil: avanços e fatores críticos diante do marco legal. *Revista Direito UNIFACS*, n. 188, 2016.

HEAP, Shaun P.Hargreaves e VAROUFAKIS, Yanis. Game Theory: A Critical Introduction, Londres: Routledge, 2003, pp. 162-164

HERMANN, Ricardo Torres. **O tratamento das demandas de massa nos Juizados Especiais Cíveis.** Porto Alegre : Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2010. 160 p., 21 cm. – (Coleção Administração Judiciária, v. 10)

KOLLOCK, Peter. "An Eye for an Eye Leaves Everyone Blind": Cooperation and Accounting Systems. *American Sociological Review*, v. 58, n. 6, pp. 768-786, 1993.

LIGERO, Gilberto Notário. Uma nova visão da natureza jurídica da jurisdição a partir da arbitragem. *REVISTA JURÍDICA da UniFil*, Ano II, nº 2, pp. 194-210, 2005.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado teórico e prático das Justiças de Paz**. Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1889 (domínio público).

MONTANHER, Igor Canale Peres. O Conciliador e o Mediador à luz da Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça, 2014. Disponível em <<http://www.professorcamilobarbosa.com.br/2014/08/o-conciliador-e-o-mediador-luz-da.html>> acessado em 21/09/2016.

NASH, John F. **Equilibrium points in n-person games**. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, v. 36, n. 1, pp. 48-49, jan. 1950 (artigo submetido em 1949).

NEUMANN, John e MORGENSTERN, Oskar. **Theory of Games and Economic Behavior**, Princeton: Princeton University Press, 1944, p. 11(35)

OLIVEIRA, Artur Coimbra de. O papel do órgão regulador na resolução de disputas entre operadoras de telecomunicações: a arbitragem e a mediação à luz das experiências japonesa, inglesa e americana. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, v. 1, n. 1, p. 111-159, 2009.

OPORTO, Silvia Fazzinga e VASCONCELLOS, Fernando. **ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL**. P.7. Disponível em <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/080306t.pdf>> Acessado em 20/09/2016

PARKER, Christine. **Twenty years of responsive regulation: An appreciation and appraisal**. *Regulation & Governance*, Melbourne, v.7, n. 1, 2013 pp. 2-13.

PINDYCK, R. S., & RUBINFELD, D. L. **Microeconomia**. São Paulo: Prentice Hall, 2002, p. 428.

POUNDSTONE, William. *Prisoner's Dilemma*. Nova Iorque: Anchor Books, 1993, pp. 118-119.

SALES, Lília Maia de Moraes e SOUSA, Mariana Almeida de. A Mediação e os ADR's (*AlternAtive Dispute resolutions*) - A experiência norte-americana. *Revista Novos Estudos Jurídicos - eletrônica*, v. 19, n. 2, mai./ago. 2014, pp 377-399.

SANTIAGO, Rafael da Silva. Arbitragem e regulação: uma análise da aplicação do juízo arbitral no setor das telecomunicações. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, v. 6, n. 1, p. 177-230 (2014).

SAUAIA, Antonio Carlos Aidar e KALLÁS, David. O Dilema Cooperação-Competição em Mercados

SCHOLZ, John T. "Cooperation, Deterrence, and the Ecology of Regulatory Enforcement." *Law & Society Review*, v.18, n. 2, pp.179-224, 1984.

_____. "Cooperative Regulatory Enforcement and the Politics of Administrative Effectiveness." *The American Political Science Review*, v. 85, n.1, p. 115-36, 1991.

SILBEY, Susan S. **The Consequences of Responsive Regulation**. In: HAWKINS, Keith; THOMAS, John M. (orgs.). *Enforcing Regulation*. Boston: Kluwer-Nijhoff Publishing, 1984, pp. 147-170

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado, vol. 8 : justiça do trabalho**. Rio de Janeiro : Elsevier, 2010.

TAVARES, Paulo Vitor de Sousa. *Arbitragem no Brasil*. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Direito Gama e Souza. Rio de Janeiro, 2010.

VIEIRA, Rosa Maria. **O juiz de paz, do Império aos nossos dias** - 2ª Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002.

WALLACE, J. Clifford. "Judicial Reform and the Pound Conference of 1976." *Michigan Law Review*, v. 80, n. 4 pp. 592-96, 1982.